

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE**



**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO COMPARATO E PENALE**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE PENALISTICHE –**

**XXI CICLO**

**LA RECIDIVA. PROFILI STRUTTURALI E  
POLITICO-CRIMINALI**

Tesi di dottorato di

**Laura Sanna**

Tutor

**Prof. Giovanni Flora**

Coordinatore

**Prof. Paolo Tonini**

## INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione .....</i>	6
---------------------------	---

### CAPITOLO PRIMO

#### *L'inquadramento normativo e la ricostruzione dogmatico-interpretativa dell'istituto della recidiva nel sistema penale italiano*

#### SEZIONE PRIMA

#### *Presupposti ed effetti della dichiarazione di recidiva nell'ordinamento giuridico italiano*

1. Brevi cenni sull'evoluzione storica dell'istituto. Panoramica dei mutamenti legislativi che hanno delineato la disciplina della recidiva.....	13
2. L'inquadramento attuale dell'istituto alla luce della riforma del 2005.....	18
3. La struttura della recidiva.....	30
3.1. La dichiarazione giudiziale di recidiva .....	31
3.2. La valutazione in concreto del sintomo recidivante.....	33
3.3. L'obbligo di contestazione.....	33
3.4. L'obbligo di motivazione.....	34
4. Gli effetti derivanti dalla nuova configurazione della recidiva.....	36
4.1. L'applicabilità delle circostanze generiche. ....	37
4.2. Il concorso e il bilanciamento delle circostanze. ....	40
4.3. La continuazione e il concorso formale di reati .....	42

4.4. La prescrizione .....	43
4.5. Gli effetti operanti in fase esecutiva: la sospensione dell'esecuzione .....	45
4.6. Le ricadute in ambito penitenziario.....	48
5. Contestazione, dichiarazione ed effetti della recidiva. Conseguenze in ordine alla classificazione ed alla definizione dell'istituto (un bilancio provvisorio...) ...	52

## **SEZIONE SECONDA**

### ***Fondamento e natura giuridica dell'istituto***

1. Brevi premesse introduttive .....	56
2. Un dibattito mai sopito: breve <i>excursus</i> in ordine alle più recenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento e la natura giuridica della recidiva.....	58
3. Le implicazioni sistematiche e le ricadute dogmatico-applicative derivanti dall'accoglimento delle principali opzioni ermeneutiche circa la natura giuridica della recidiva. La problematica esegesi della c.d. “ <i>facoltatività</i> ” della dichiarazione di recidiva. ....	62
4. In particolare: l'accoglimento della tesi circostanziale. Alla ricerca di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce del dettato legislativo. Ricognizione delle ricostruzioni di tipo funzionale delle ipotesi circostanziali nel nostro ordinamento: a) funzione commisurativa della cornice edittale in senso stretto. b) funzione individualizzatrice della sanzione.....	75
5. La configurazione della recidiva dopo le modifiche della legge <i>ex-Cirielli</i> : profili rilevanti ai fini di una valutazione ponderata della riforma e rilievi costituzionali. Della possibile rilevanza della “rinnovata facoltatività” della recidiva reiterata “comune” al fine della individuazione della natura giuridica dell'istituto. ....	91

## CAPITOLO SECONDO

### *Il controverso e controvertibile fondamento politico-criminale della recidiva.*

#### *Analisi e tenuta delle principali ipotesi ricostruttive a fronte dei principi fondamentali che governano il diritto penale*

1. Premessa. L'ineludibile ricostruzione dei profili funzionali della pena come necessaria premessa ad un tentativo di corretta esegesi dell'istituto. .... 102
2. Le diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento della recidiva. .... 114
3. I rapporti tra recidiva e teoria della commisurazione giudiziale della pena. ... 124
4. L'istituto della capacità a delinquere: interferenze con la ricostruzione funzionale specialpreventiva della recidiva. .... 136
5. Conclusioni. Possibile fondamento della recidiva ricavabile dall'analisi finora condotta. La plausibilità giuridico-costituzionale e politico-criminale di una attrazione dell'istituto nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto, ovvero nell'orbita specialpreventiva. .... 144

## CAPITOLO TERZO

### *Gli ordinamenti giuridici stranieri e la recidiva. Breve excusus e tentativi di*

#### *comparazione con il sistema giuridico italiano*

1. Premessa introduttiva ..... 147
2. La disciplina del *recidivism* nel sistema statunitense. Origini delle leggi "*three strikes and you're out*" ..... 149
3. Il fondamento delle leggi *three strikes*: in particolare, l'esperienza californiana..... 152

4. L'impatto della legge californiana all'esame della prassi applicativa: effetti sul sistema penitenziario e sul tasso di riduzione della criminalità. Esiti dell'analisi in prospettiva comparativa con il futuro della legge in Italia.....	155
5. La riforma italiana della recidiva, in specie di quella reiterata: un parallelismo possibile con la legge dei <i>three strikes</i> . ....	157
6. L'evoluzione nella disciplina normativa della recidiva nell'ordinamento tedesco.....	165
6.1. L'attuale inquadramento normativo della recidiva nel sistema penale tedesco:l'inclusione tra gli indici commisurativi della pena.....	172
7. Il quadro normativo in cui si colloca il problema della recidiva nell'ordinamento austriaco.....	175
8. Note conclusive dell'indagine comparatistica. ....	177
<i>Rilievi conclusivi, critica e ipotesi di riforma.</i>	
<i>Analisi della possibile ragion d'essere teorico-giuridica e politico-criminale della recidiva nel sistema italiano alla luce dell'analisi comparatistica, dei nuovi progetti di riforma e dei contributi dottrinari e giurisprudenziali. Critica e spunti di ricostruzione dell'istituto. ....</i>	
<b>BIBLIOGRAFIA GENERALE .....</b>	<b>200</b>

## ***Introduzione.***

Il tema della recidiva non può dirsi certamente nuovo nella riflessione penalistica.

In una valutazione delle principali posizioni interpretative emerse in tale materia, non ci si può tuttavia accontentare, con rassegnazione nichilistica, di registrare i risultati che sembrano potersi considerare acquisiti sulla scorta di una semplice ricognizione dell'esistente disciplina normativa. Appaiono infatti inadeguati e tautologici i tentativi di giustificare *a posteriori* quello che già esiste, cercando di rintracciarne i fondamenti proprio per dare a quest'ultimo un senso.

A nostro sommo avviso, pur ragionevolmente fondati e coerentemente giustificati nelle loro premesse e nei loro presupposti ermeneutico-metodologici, non paiono cogliere nel segno i tentativi di analisi dell'istituto a partire dal solo testo normativo<sup>1</sup>: tali approcci, pur avendo sicuramente il merito di argutamente approfondire le contingenti scelte del legislatore "storico", presentano tuttavia un vizio intrinseco di "miopia" dogmatico-esegetica, esponendosi facilmente alla critica di risultare fatalmente vittime del loro stesso approccio metodologico - ciò che è stato stabilito giustifica ciò che deve essere e viceversa-, che riflessivamente pare legittimarsi in maniera autoreferenziale.

Appare al contrario maggiormente proficuo, seppure in via sperimentale, anche ai fini di avanzare proposte modificative della disciplina esistente, adottare una prospettiva integrata da considerazioni di ordine costituzionale e politico-criminale, aperte al contributo delle scienze sociali, come del resto più volte invocato dalla dottrina più illuminata, come necessario completamento di ogni analisi teorico-giuridica.

---

<sup>1</sup>Ci riferiamo, in particolare, al pregevole lavoro monografico di AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, cui più volte faremo proficuo ed insostituibile riferimento nella nostra trattazione.

Gli svariati tentativi volti a fare della colpevolezza il fondamento del deteriore trattamento complessivo da riservarsi all'istituto della recidiva non sono, infatti, capaci di fugare compiutamente i tanti dubbi che, nel considerare le numerose anomalie ed aporie che tale collocazione comporta rispetto ad altrettanti capisaldi di un moderno sistema penale-costituzionale, si affacciano, dapprima istintivamente, alla mente dell'interprete: perplessità che, peraltro, una analisi più approfondita, sia da un punto di vista dogmatico che da quello politico-criminale, lungi dal fugare, suffraga e consegna all'interprete con evidenza spesso allarmante.

Il compito che qui ci si prefigge è innanzitutto quello di cogliere la ragione metodologica delle difficoltà che, da sempre, contraddistinguono il modo stesso di affrontare il problema del fondamento e della esatta collocazione dogmatica dell'istituto.

Indispensabile è dunque tentare di valutare la fondatezza, l'opportunità e la funzionalità di siffatta impostazione e disciplina.

Gli snodi da sciogliere nell'affrontare il tema che ci occupa sono:

1) in primo luogo, la stretta attinenza della recidiva con la tematica delle circostanze (attesa la prevalente interpretazione in termini circostanziali della stessa, seppure, come vedremo in seguito, anche a prescindere dall'accoglimento di siffatta opzione ermeneutica), da un lato, e con la capacità a delinquere (più in particolare, con gli indici di commisurazione delle pena) prevista dall'art. 133 c.p., dall'altro, impone, con rinnovata enfasi, una approfondita disamina di tali delicati settori della disciplina normativa, così come – ancor prima – delle rispettive collocazioni di teoria generale<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>Che la legge n. 251 del 2005 abbia effettuato una <<invasione di campo>> in tali delicate tematiche di teoria generale è anche il rilievo di ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, p. 5.

Basti brevemente accennare a come, tanto la tematica del corretto inquadramento dogmatico-funzionale delle circostanze, quanto la questione del fondamento politico-criminale della capacità a delinquere, siano da sempre al centro di accese dispute in seno alla dottrina.

Invero, giacchè dell'afferenza degli istituti circostanziali al tema della sanzione nessuno dubita, atteso il loro effetto tipico di variazione della pena, nelle svariate forme in cui lo stesso può manifestarsi, <<*discutere di circostanze val quanto discutere della pena che deve essere applicata*>><sup>3</sup>.

Il tema della pena, a *fortiori*, riemerge e si impone prepotentemente qualora si incentri l'attenzione sul controverso istituto della capacità a delinquere *ex art. 133 c.p.*, che ancora attende di essere riempito di contenuto certo e infarcito di significato costituzionalmente fondato.

Su entrambi i suddetti elementi di teoria generale del reato, spicca da ultimo, ma con effetto illuminante e portata dirompente, il fenomeno della “*discrezionalità giudiziale*”, che connota l'operato del giudice in tali delicati contesti applicativi, così come in tutta la materia della commisurazione della pena, che - non a caso, come concordemente rilevato dalla dottrina<sup>4</sup> - rappresenta il comune denominatore unificante dei recenti interventi legislativi, operanti, in via primaria, sull'istituto della recidiva.

2) In secondo luogo, e stanti le precedenti osservazioni, in considerazione degli effetti quasi draconiani che, in particolar modo a seguito della riforma del 2005, conseguono al riconoscimento della recidiva, a nostro avviso *si impone* la

---

<sup>3</sup>Cfr. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, Torino, 2003, pp. 50-55.

<sup>4</sup>Si v., per tutti, CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori?”*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, p. 57 ss.; FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale. Le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1325, GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in AA.VV., *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di Giunta, Milano, 2006, p. 2 ss.; INSOLERA, *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, p. 29 ss.



trattazione e la risoluzione del problema del fondamento della pena nel nostro ordinamento giuridico.

La problematica che emerge, nella ricerca della natura giuridica e della finalità dell'istituto della recidiva, non appare infatti suscettibile di compiutamente risolversi sulla base di considerazioni che si accontentino di una semplice ricognizione del dettato normativo ad essa dedicato, ma implica una visione di più ampio respiro, tale da investire i cardini fondamentali del nostro sistema punitivo<sup>5</sup>.

L'indagine giuridica sulla pena, tuttavia, pur dovendo necessariamente presupporre quella più propriamente filosofica e sociologica, senza la preclusione di <<formalistici ed innaturali diaframmi>>, deve invero sempre restare distinta da quest'ultima, trovando per il giurista le riflessioni sulla pena, la loro più proficua e concreta collocazione pur sempre nel contesto di un dato sistema normativo<sup>6</sup>.

Del resto, nel nostro sistema costituzionale rigido, ogni proposta di modifica legislativa ha l'obbligo di confrontarsi con i precetti costituzionali, che pongono precisi contenuti ed invalicabili limiti alla stessa.

Tra questi ultimi, per quello che qui particolarmente ci occupa, ne spiccano soprattutto taluni, e per tutti l'art. 27 Cost., per il quale <<le pene devono tendere alla rieducazione del condannato>>. Occorre quindi trovare il modo migliore di dare il più coerente e deciso svolgimento ai principi della Carta fondamentale.

---

<sup>5</sup>Concordiamo con chi osserva che <<pur quando ci si sforza di mantenersi aderenti ad un certo orientamento legislativo, subito si avverte come ogni indagine, perfino quella più strettamente tecnico-giuridica, rimanga in questo campo fatalmente incompleta ove non sia ambientata in un quadro di più ampio respiro ideologico. Ed è ben naturale che sia così. Il problema di sapere cos'è la pena in un dato ordinamento giuridico non è tutto intero il problema della pena, bensì soltanto un suo aspetto storico-contingente; la soluzione del quale, quando non venga confortata da una verifica condotta su di un piano meno particolare, non può appagare nessuno, neppure il più intransigente tra i seguaci del giuspositivismo>>: in tali termini, MOLARI, *Unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 162 ss.

<sup>6</sup>ID. *Op. cit.*, *passim*.

3) In terzo luogo, se è fondata la denuncia levata da autorevole dottrina di un <<*dissolvimento del sistema sanzionatorio*>> in atto nel nostro ordinamento, con cui si evidenzia l'allarmante fenomeno di "scollamento" tra determinazione legale della pena "minacciata" in astratto, determinazione giudiziale della pena irrogata in concreto, e pena realmente eseguita, e se si può concordare sulla necessità di una rifondazione dell'intero sistema sanzionatorio, è altrettanto rilevante, ancor prima di concentrarsi sulle conseguenze sanzionatorie, sottolineare la necessità di una preliminare e profonda rifondazione degli stessi criteri di determinazione legale (la c.d. *comminatoria edittale*) della pena, sottoponendoli ad un esame critico illuminato da precise indicazioni costituzionali.

Concordiamo con le indicazioni di quella parte della scienza penalistica<sup>7</sup> (ma, con ostinazione degna di miglior causa, continuamente smentita dal legislatore) incline ad una preliminare riforma degli anacronistici e draconiani indici edittali del Codice Rocco, ma ancor prima a ripensare la stessa funzione degli istituti circostanziali - cui dottrina e giurisprudenza maggioritarie ricollegano la recidiva - sul piano sanzionatorio. Non può del resto sottacersi, in seno a tale delicata analisi, la rilevanza di una questione preliminare e dotata di una propria autonoma rilevanza, costituita dalla problematica attinente alla razionalità politico-criminale delle stesse norme incriminatrici, nonché ai principi, prima di tutto quello di proporzione e quello di ragionevolezza, che dovrebbero fungere da guida e da limite alla discrezionalità legislativa nella statuizione edittale della pena.

4) Da ultimo, si impone una rivalutazione e rifondazione politico-criminale dell'istituto della recidiva.

---

<sup>7</sup>Cfr. ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 2005, p. 321 e bibliografia *ivi* citata.

Carrara, nella sua celebre opera dedicata allo “*Stato della dottrina sulla recidiva*”, già due secoli evidenziava fa le <<*divergenze e questioni*>><sup>8</sup> che l’istituto era suscettibile di alimentare nel dibattito giuridico, e possiamo affermare fin da ora che il quadro non appare, ai giorni nostri, molto diverso da allora.

Seppure in via di prima approssimazione, in questi rilievi introduttivi possiamo tuttavia concordare con quanti denotano che <<*ciò che resta effettivamente controverso sia la risposta politico-criminale al fenomeno del recidivismo*>><sup>9</sup>. Anche in tale materia, dobbiamo essere riconoscenti ai preziosi insegnamenti che ci giungono dalla scoperta dell’importanza della politica criminale come linfa vitale delle stesse norme di teoria generale, per una ipotesi di giustizia sostanziale e non solo di astrazione formale<sup>10</sup>.

A fronte del più circoscritto tema della recidiva che in questo lavoro ci occupa, l’analisi che ci accingiamo ad esperire, lungi dall’apparire troppo ampia, è al converso la cornice necessaria entro cui trovare collocazione dogmatico-sistematica a tale istituto, se del caso rivisitato modificato o addirittura abolito, ma comunque rifondato su solide basi costituzionali, di teoria generale del reato e di politica criminale, sistematicamente compatibile con le linee portanti del nostro sistema costituzionale.

---

<sup>8</sup>CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3 ed., vol. II, Prato, 1878, p. 127.

<sup>9</sup>Diffusamente, in argomento, AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 279.

<sup>10</sup>Il pensiero va naturalmente alla “rivoluzione” di ROXIN ed al noto programma contenuto nell’opera *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, trad. it. di MOCCIA, Napoli, 1998.

## **CAPITOLO PRIMO**

### ***L'inquadramento normativo e la ricostruzione dogmatico interpretativa dell'istituto della recidiva nel sistema penale italiano***

#### **SEZIONE PRIMA**

##### ***Presupposti ed effetti della dichiarazione di recidiva nell'ordinamento giuridico italiano***

**SOMMARIO** 1. Brevi cenni sull'evoluzione storica dell'istituto. Panoramica dei mutamenti legislativi che hanno delineato la disciplina della recidiva. 2. L'inquadramento attuale dell'istituto alla luce della riforma del 2005. 3. La struttura della recidiva. 3.1. La dichiarazione giudiziale di recidiva. 3.2. La valutazione in concreto del sintomo recidivante. 3.3. L'obbligo di contestazione. 3.4. L'obbligo di motivazione. 4. Gli effetti derivanti dalla nuova configurazione della recidiva. 4.1. L'applicabilità delle circostanze generiche. 4.2. Il concorso e il bilanciamento delle circostanze. 4.3. La continuazione e il concorso formale di reati. 4.4. La prescrizione. 4.5. Gli effetti operanti in fase esecutiva: la sospensione dell'esecuzione. 4.6. Le ricadute in ambito penitenziario. 5. Contestazione, dichiarazione ed effetti della recidiva. Conseguenze in ordine alla classificazione ed alla definizione dell'istituto. (un bilancio provvisorio...)

## **1. Brevi cenni sull'evoluzione storica dell'istituto. Panoramica dei mutamenti legislativi che hanno delineato la disciplina della recidiva.**

L'istituto della recidiva, introdotto per la prima volta in Francia nel 1885, è stato recepito nell'ordinamento giuridico italiano dal Codice Zanardelli. La considerazione della maggior gravità del reato, qualora commesso da chi avesse già riportato una precedente condanna, era del resto ampiamente presente nella codificazione e nei trattati fin dal 1500, ove la recidiva trovava pacifica collocazione nell'ambito della colpevolezza<sup>11</sup>.

L'istituto della recidiva – la *consuetudo delinquendi* del diritto intermedio (*duae autem vices faciunt consuetudinem*) – è stato definito come <<lo stato individuale determinato da una pluralità di fatti successivi, commessi da una stessa persona, tutti irrevocabilmente giudicati (siasì o no scontata la pena), tranne l'ultimo>><sup>12</sup>. In questa differenza risiede la distinzione dal concorso di persone e dalla recidiva c.d. <<naturale>>, propria di colui il quale commetta una pluralità di reati, in tempi diversi, ma in assenza di un accertamento giurisdizionale sui medesimi<sup>13</sup>.

L'istituto in esame ha trovato differenti collocazioni nel contesto dei vari ordinamenti giuridici, a seconda che alla commissione reiterata, da parte del medesimo autore, di un fatto di reato, venisse attribuito un significato prevalentemente retributivo, in particolare legato ad una ritenuta o presunta maggior colpevolezza del soggetto, ovvero una valenza in chiave special-preventiva, quale espressione di una maggiore capacità a delinquere del reo

---

<sup>11</sup>Celebre la massima per la quale <<*consuetudo delinquendi est circumstantia aggravanti delictum et puniendi delinquentem acrius*>>, cit. da MEREU *Storia del diritto penale del '500*, Napoli, 1964, p. 97.

<sup>12</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, p. 744.

<sup>13</sup> PADOVANI, a cura di, *Codice penale commentato*, Terza edizione, Milano, 2005, p. 540.

proclive a reiterare il reato, tale da influire nella valutazione del nuovo illecito in termini di meritevolezza di una maggior punizione<sup>14</sup>.

Nelle legislazioni preunitarie dominava l'idea – conforme alla logica ed alla terminologia del liberalismo- della <<rinnovata>>ribellione alla sovranità dello Stato, privilegiandosi quindi l'esigenza pratica di una repressione diversificata in caso di recidiva (già prevista nelle diverse forme della recidiva generica, specifica, reiterata e di una speciale recidiva applicabile in casi particolari), con una non marginale attenzione agli aspetti meramente penitenziari<sup>15</sup>.

A seguito dell'affermarsi delle correnti positiviste, l'idea e la giustificazione del trattamento speciale riservato al recidivo vengono, invece, declinate piuttosto in termini di pericolosità, immanente pur se nel quadro di una considerazione di un soggetto comunque dimostratosi insensibile alla precedente esperienza giudiziaria.

Il Codice Rocco del 1930, nella sua originaria versione, prevedeva l'attribuzione della qualifica di recidivo a colui il quale, dopo essere stato condannato in via definitiva per un reato, venisse ritenuto colpevole di un altro fatto criminoso, commesso successivamente alla detta condanna.

Caratteristica saliente dell'istituto, così configurato, era sicuramente il regime di obbligatorietà degli aumenti di pena per le varie figure di recidiva (generica, specifica, aggravata, reiterata), volendo il legislatore fascista, attraverso un vero e proprio automatismo, assicurare al recidivo l'indefettibilità dell'aggravio sanzionatorio.

Nella trama normativa del Codice del 1930, il giudice era quindi tenuto a verificare *sic et simpliciter* il mero dato formale, rappresentato dalla precedente condanna, constatazione che rappresentava, in ultima analisi, una vera e propria

---

<sup>14</sup>Vd. ANDREOTTI, voce *Recidiva*, in *Enc. Giur. It.*, XIV, 1, Roma, 1900, p. 295; TUOZZI, *Corso di diritto penale*, I, Napoli, 1889, p. 363.

<sup>15</sup>Cfr. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, p. 92.

presunzione legale, talvolta assoluta talaltra relativa, di maggiore criminalità del recidivo.

Nelle interpretazioni dottrinali della disciplina approntata per la recidiva dal Codice penale del 1930, è stato ritenuto che la stessa fosse stata originariamente configurata come un istituto a forte connotazione special-preventiva, in senso negativo o difensivo, desumibile dalla stessa collocazione sistematica dell'articolo che la prevedeva (il titolo dedicato al reo ed alla persona offesa, quindi separato sia dalla teoria del reato, sia dalla sistematica dedicata alla commisurazione della pena); dalle caratteristiche originarie di obbligatorietà, perpetuità e genericità, che facevano della stessa un fenomeno impermeabile ad ogni valutazione in concreto della gravità del fatto, come a qualsivoglia valutazione dell'eventuale eterogeneità dei reati commessi e dell'intervallo di tempo trascorso tra la loro commissione; sottratta, infine, ad opera dell'originario regime di comparazione, al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee.

Erano questi, come efficacemente osservato, *<<segni evidenti della ricerca normativa di meri sintomi o indici astratti di pericolosità del soggetto, con palese trascuratezza del singolo reato del caso concreto>>*<sup>16</sup>.

Nonostante la chiara immanenza, nel quadro della normativa codicistica, del concetto di pericolosità, il rigore sanzionatorio che ne emergeva, mitigato solo parzialmente dalla previsione di una eccezione al regime di obbligatorietà - rappresentata dall'art. 100 c.p., statuyente delle ipotesi di recidiva facoltativa, attribuendosi questa volta all'organo giudicante la valutazione discrezionale circa l'opportunità di una reazione deteriore dell'ordinamento in ragione di un legame psicologico e di valore tra le condanne - era tale da non potersi tuttavia giustificare neppure alla luce delle idee del positivismo criminologico.

---

<sup>16</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, II, 2005, cit. p. 90.

Il Codice Rocco aveva, inoltre, disciplinato la recidiva nei termini di ricorrenza di una circostanza aggravante, ancorchè la stessa non avesse alcuna diretta relazione con il fatto da giudicare, mostrando di accordare particolare attenzione all'autore del reato, avvalendosi, nella specie, per taluni di <<*categorie criminologiche per delineare qualificazioni soggettive di pericolosità sociale*>><sup>17</sup>, in funzione di difesa sociale, in chiave di prevenzione speciale negativa o neutralizzatrice, per talaltri la stessa veniva invece a rappresentare il contrassegno di un tipo legale criminologico di delinquente a carattere nettamente repressivo<sup>18</sup>.

A seguito della riforma operata dal d.l. 11.4.1974 n. 99, convertito in legge 7.6.1974 n. 220, il volto dell'istituto subisce tuttavia una profonda trasformazione, foriera di conseguenze e di nuove incertezze classificatorie ed interpretative.

La novella, nel chiaro intento clemenziale di mitigare il rigore sanzionatorio, "vizio genetico" che ancora oggi affligge il Codice Rocco, nell'apportare significative modifiche su vari istituti influenti, a vario titolo, nella fase della commisurazione concreta della pena, ed abrogando l'art. 100 c.p., rende la recidiva generalmente facoltativa, sancisce un vistoso contenimento degli aumenti sanzionatori e dischiude all'istituto la possibilità di un bilanciamento con le altre circostanze, modificando in tal senso l'art. 69 c.p., che prima lo vietava.

Caratteri della recidiva *post* riforma del 1974 saranno, quindi, la perpetuità (riferendosi ai reati commessi durante tutta la vita del soggetto); la genericità (attagliandosi a qualsiasi reato, sia delitto che contravvenzione, doloso ovvero colposo); la facoltatività, in luogo dell'originario regime obbligatorio, previsto dal Codice del 1930. Rimangono in vita le pregresse forme di recidiva, anche se con livelli sanzionatori rivisitati verso il basso.

In particolare, sancendo la discrezionalità giudiziale nella dichiarazione del reato recidivante, di fatto la novella pare da subito aver imposto al giudice il

---

<sup>17</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, II, 2005, cit., p. 85.

<sup>18</sup> BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 742.



compito di ricercare, accanto al presupposto formale della condanna per un precedente reato, ulteriori e diversi fattori che, in assenza di chiare indicazioni legislative sul punto, sono stati da molti commentatori individuati in quelli relativi alla colpevolezza del fatto, recuperando così l'istituto ad un modello classico-retributivo, con un rovesciamento di prospettiva rispetto alla precedente finalità specialpreventiva, in una considerazione della gravità del reato vista nella dimensione della personalità del suo autore<sup>19</sup>.

E' stato peraltro anche affermato<sup>20</sup> che la riforma del 1974 avrebbe invece spostato il baricentro dell'istituto dalla precedente condanna, svalutata a mero presupposto, alla personalità del reo, pervenendosi così da una interpretazione in chiave retribuzionistica ad una inserita nella dimensione special preventiva. Si è obiettato tuttavia che *<<il ricordo della precedente condanna, resta il momento illuminante che qualifica ed illumina la struttura e la ragion d'essere della recidiva>>*<sup>21</sup>.

A giustificare la scelta riformistica del legislatore del 1974 giocarono numerosi fattori, primo fra tutti – come detto - il bisogno di mitigare l'indiscriminato automatismo sanzionatorio e di allargare la discrezionalità giudiziale, nella prospettiva di una maggiore individualizzazione della pena, istanza emersa a seguito della costituzionalizzazione del principio rieducativo nell'art. 27 Cost., e della connessa valorizzazione della personalità del reo, evidenziata dalla rinnovata riflessione sullo scopo e sulla finalità della pena, e sulla stessa ragione d'essere della sanzione penale, e dello sviluppo di un rinnovato interesse per gli studi aventi ad oggetto la personalità del reo.

---

<sup>19</sup> Così ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, II, 2005, cit., p. 91.

<sup>20</sup> Sul punto, PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Ridpp.*, 1976, p. 307.

<sup>21</sup> Cfr. MARINI-LA MONICA-MAZZA, *Commentario al Codice penale*, I, Torino, 2002, p. 727.

Può dirsi quindi che le riforme legislative che hanno interessato la recidiva si innestarono nell'evoluzione delle linee di tendenza della riflessione penalistica, e ne costituiscono emblematica conferma<sup>22</sup>.

## 2. L'inquadramento attuale dell'istituto alla luce della riforma del 2005.

Al termine di un lungo e travagliato *iter* parlamentare, il 5 dicembre 2005 è stata infine approvata la legge n. 251, nota come “*ex Cirielli*”, con decorrenza in ordine alla sua entrata in vigore dal giorno successivo alla sua pubblicazione, avvenuta in data 7 dicembre 2005<sup>23</sup>.

Le riflessioni e le riserve che l'introduzione della ennesima riforma novellistica<sup>24</sup> sulla materia penalistica ha suscitato sono state molteplici, non solo per la criticabile e persistente scelta di operare sul delicato tessuto penale tramite

---

<sup>22</sup>Vd. MARINI-LA MONICA-MAZZA, *Commentario al Codice penale*, I, 2002, cit., p. 726.

<sup>23</sup>La legge c.d. *ex Cirielli* attirò dapprima le maggiori attenzioni a proposito delle modifiche – ritenute *ad personam* – introdotte al regime della prescrizione, mettendo quindi in un primo momento in ombra quello che è stato poi, a ragione, identificato come il vero perno della riforma, ossia la disciplina deteriore riservata al recidivo, specie reiterato. In tal senso, tra gli altri, MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. Merito*, 2006, n. 4, p. 837 ss.. Vari sono stati i commenti sulla riforma della recidiva, di cui daremo contezza nella trattazione: per citarne alcuni: BISORI, *Le recenti modifiche al sistema penale in materia di prescrizione, recidiva e circostanze*, in *Urb. e appalti*, n. 3/2006, p. 253 ss.; BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *AA.VV., Le innovazioni al sistema penale*, a cura di Giunta, cit., p. 37 ss.; BOTTALICO, *Effetti dell'obbligatorietà della nuova disciplina della recidiva*, in *Giur. merito*, 2007 fasc. 6, pp. 1734–44; CARDILE, *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità. Addio rieducazione con la recidiva a valutazione obbligatoria*, in *Dir. e giust.*, n. 6/2006, p. 55; CENTOFANTI, *Prime applicazioni in sede penitenziaria della legge ex Cirielli: spunti ricostruttivi*, in *Giur. merito* 9/2006, p. 1982; DE NICOLÒ, *Primi problemi applicativi della legge “ex Cirielli”*, in *Dir. pen. e proc.*, n.4/2006, p. 503; LIPRINO, *Problemi di diritto e procedura penale della legge “ex Cirielli”*, in *La Giust. Pen.*, parte III, 2006, p. 545 ss.; MAZZA, *Il nuovo volto della recidiva*, in *Riv. Pol.*, 2006, f. 2-3, p. 89 ss; MONTELEONE, *Questioni in tema di recidiva reiterata ed esecuzione penale*, in *Giur. merito*, 2007 fasc. 6, pp. 1713 – 1718; PELIZZONE, *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, cit., pp. 125 – 128; POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce delle l. n. 251 del 2005 (c.d. <<ex Cirielli>>)*, in *Cass. Pen.*, n. 7-8/2006, p.2467.

<sup>24</sup>Sulla fondamentale distinzione tra legislazione <<organica>>, <<novellistica>> e <<speciale>> nella riforma del diritto penale, vd. il fondamentale lavoro di PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 7 ss.

riforme sporadiche ed inorganiche, ma anche in considerazione dei numerosi settori dell'ordinamento che sono stati fortemente modificati dalla normativa in questione, con ulteriori contropunte derivanti dalle reciproche interazioni innescate sulle parti indirettamente interessate<sup>25</sup>.

Per quanto interessa alla nostra trattazione, la legge n. 251 ha sicuramente rivoluzionato – con quello che per molti Autori è stato definito come un brusco “ritorno al passato” – un istituto già oggetto di significative modifiche, ma che era stato nel frattempo ignorato dal legislatore, nonostante il peso sicuramente non modesto rivestito all'interno di ogni politica criminale: l'istituto della recidiva.

In via propedeutica, si osserva che è stato da autorevole dottrina<sup>26</sup> efficacemente evidenziata l'esistenza di due “anime” nel provvedimento, tra loro distinte ed in parte antitetiche, difficilmente conciliabili nella loro coesistenza: una marcatamente indulgenziale – tra l'altro completamente assente nelle stesure originarie del disegno di legge, ed innestatasi in un momento successivo – avente ad oggetto il drastico ridimensionamento in senso riduttivo dell'istituto della prescrizione; l'altra, per converso, dominata da un ampio e robusto inasprimento del trattamento *lato sensu* punitivo riservato al recidivo, sulla scia di una forte campagna politica che, facendo leva su parte dell'opinione pubblica, esasperata da episodi di delinquenza c.d. “di strada”, reclamava una risposta repressiva esemplare verso la c.d. microcriminalità, composta nella quasi totalità da soggetti a rischio sociale di recidiva.

La nuova disciplina della recidiva non si è peraltro limitata ad una modifica dell'articolo di parte generale, l'art. 99 c.p., primariamente dedicato al suddetto istituto, ma ha coinvolto numerosi altri aspetti del regime punitivo, sia a livello

---

<sup>25</sup>Ulteriori effetti si riscontrano anche in relazione ad istituti di diritto processuale: in particolare con riguardo ai reati di competenza del giudice di pace ad ai casi di patteggiamento allargato, sui quali più diffusamente CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, cit., p. 89 ss.

<sup>26</sup>Cfr. DOLCINI, *Le due anime della legge ‘ex Cirielli’*, in *Corr. merito*, 2006, p. 55.

sostanziale che processuale, riservato al recidivo (come vedremo *infra*, Sezione II).

La logica, sottesa all'intervento legislativo, di inasprire fortemente il trattamento sanzionatorio nei confronti del recidivo, in special modo quello reiterato, è stata da vari Autori<sup>27</sup> assimilata alla *ratio* sottostante alle leggi emergenziali adottate in ben trentasei stati americani tra il 1994 e il 1997, il cui tenore è stato efficacemente espresso dal detto, mutuato dal linguaggio sportivo del baseball, “*three strikes and you're out*”, indicativo dell'abnorme punizione – fino al carcere a vita – riservata al soggetto che riporti tre condanne<sup>28</sup>, indipendentemente dal tempo intercorso tra i fatti cui le stesse si riferiscono.

In vero, la scelta del legislatore italiano è apparsa opinabile ed è stata da più settori criticata, attesa la contrarietà della stessa ad una opposta tendenza, in atto a livello internazionale - e specificamente in ambito europeo -, orientata nel senso inverso del drastico ridimensionamento, ovvero della vera e propria abolizione della recidiva, così come avvenuto ad esempio in Germania con l'art. 23 *StAndG* del 13 aprile 1986<sup>29</sup>.

Tra le giustificazioni a tale opzione di segno marcatamente repressivo, implicante peraltro una totale disattenzione verso le proposte contenute nello schema di riforma della parte generale del nuovo Codice penale redatto dalla

---

<sup>27</sup> Vd. DOLCINI, *Le due anime*, cit., p. 55.

<sup>28</sup> Per un esame della situazione creatasi a seguito dell'introduzione delle leggi repressive, cfr. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi 'tre volte e sei eliminato'*, in *Ridpp*, 2000, p. 417 ss. BOTTALICO, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, a cura Di GAROFOLI, Milano, 2006, p. 17 ss; NUNZIATA, *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente riforma anticrimine statunitense: l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 791 ss.

<sup>29</sup> Il § 48 *StGB*, abrogato, prevedeva in origine un aumento del minimo edittale in caso di recidiva, che quindi era considerata nell'ordinamento tedesco come ordinario criterio commisurativo della pena intraedittale; sul punto, cfr. DOLCINI, *Le due anime*, cit., p. 56; ROMANO, *sub art. 99*, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, 2005, cit., p. 86.

commissione Nordio<sup>30</sup>, tra l'altro regolamentante la materia in maniera affatto differente dalla disciplina novellistica, è stata adottata dai compilatori della riforma l'asserita esigenza di restituire alla pena *certezza ed effettività*.

A fronte dell'erosione di tali attributi della risposta statuale al crimine, quale manifestatasi soprattutto a seguito delle riforme in senso premiale di istituti di diritto processuale e penitenziario, la cui origine veniva fatta risiedere nella eccessiva libertà concessa ai giudici nell'esercizio dei suoi poteri decisionali, la riforma in esame mirava, nelle intenzioni dichiarate dai suoi sostenitori, alla

---

<sup>30</sup>Già il Progetto Pagliaro auspicava, da un lato, l'abolizione delle circostanze generiche e del giudizio di bilanciamento, prevedendosi in caso di ricorrenza di qualsiasi circostanza la necessità di una espressa qualificazione legislativa in tal senso, e dall'altro la sterilizzazione delle circostanze sul piano del computo prescrizione. Il Progetto di riforma della Commissione Nordio del 21 aprile 2005 - coevo alla novella legislativa-, perseguiva l'obiettivo di una drastica diminuzione della discrezionalità giudiziale nella determinazione della pena. Si proponeva quindi la riduzione dei massimi edittali nella parte speciale (parte che tuttavia non è stata poi elaborata), la tassatività delle circostanze e quindi -presumibilmente - l'abolizione delle attenuanti generiche, e l'imposizione della valutazione di tutte le circostanze riconosciute, con somma aritmetica, salvo lo sbarramento per cui la pena non avrebbe potuto diminuirsi al di sotto della metà del minimo ovvero essere aggravata oltre la metà del massimo edittale. Per la recidiva si prevedeva l'abolizione della recidiva reiterata e il ripristino dell'obbligatorietà, analogamente a quanto previsto anche dal precedente Progetto Grosso, non riproponendo tuttavia gli sbarramenti posti da quest'ultimo alla dichiarazione di recidiva, rappresentati dal limite temporale di dieci anni dalla precedente sentenza irrevocabile e dalla limitazione ai soli delitti o contravvenzioni della stessa indole. Contrario invece alla abolizione delle circostanze generiche, MELCHIONDA, *Riforma del codice penale e circostanze del reato tra esigenze contingenti e ripensamenti teorico-sistematici*, in *Ridpp*, II, 1994, p. 793. L'ultima Commissione ministeriale per la riforma del codice penale è stata la Commissione Pisapia, la quale aveva posto alla base dei lavori, tra gli altri, l'intento di una <<modifica profonda del sistema sanzionatorio, nell'ottica di quel "diritto penale minimo, ma efficace", tanto auspicato nei dibattiti e nei convegni, quanto eluso da una legislazione emergenziale e schizofrenica>>. Partendo dalla constatazione del fallimento dell'attuale sistema sanzionatorio, si prevedeva l'abolizione delle circostanze generiche e del giudizio di comparazione, una riduzione delle ipotesi circostanziali, dotate peraltro di minori effetti edittali, ed una utilizzazione della pena detentiva, carceraria o domiciliare, solo per reati effettivamente gravi, aggiungendosi alla pena pecuniaria (per tassi giornalieri) altre sanzioni di tipo prescrittivo, ablativo e interdittivo. Nei propositi espressi trovava spazio anche quello di una valorizzazione della finalità specialpreventiva in fase di commisurazione della pena, dovendosi scegliere pene adeguate al reinserimento sociale e mai determinate da ragioni di <<esemplarità punitiva>>. Per questi ed altri rilievi si rinvia a PISAPIA, *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova Parte generale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 5/2007, p. 565 ss.; FLORA, *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 10/2007, p. 1409 ss.; GROSSO, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia*, *ivi*, p. 1389 ss.; PULITANO', *Suggerimenti ideologici e difficoltà tecniche nella riforma penale*, *ivi*, p. 1395 ss.

riduzione di tale ambito discrezionale, ritenuto pregiudiziale ad una risposta uniforme nei confronti del crimine.

Nel perseguimento di detto scopo, si è optato quindi per l'imposizione di automatismi limitativi della discrezionalità giudiziale, nelle cui mani era stata affidata la politica criminale, in specie dopo la riforma del 1974, con la finalità dichiarata di combattere una prassi, spesso invalsa, di scarsa applicazione della recidiva, tramite la sistematica esclusione dell'istituto nella determinazione concreta della pena, con l'obiettivo, in astratto senz'altro condivisibile, di <<restituire credibilità all'ordinamento penale>><sup>31</sup>.

Per quanto l'esigenza potesse dirsi pressante e condivisa, deve osservarsi tuttavia che, anche da parte di quella dottrina, che paventava una vera e propria "crisi" dell'apparato sanzionatorio<sup>32</sup>, numerosi voci si sono alzate a contestare l'appropriatezza e la conformità allo scopo dell'intervento in esame<sup>33</sup>.

Con la <<contro-riforma>> operata dalla legge n. 251 del 2005, vengono infatti nuovamente annullate molte delle suddette innovazioni dovute alla riforma del 1974, con un parziale ritorno al regime originario del Codice Rocco: si ritiene tuttavia, come rilevato da attenta dottrina sin dai primi giorni di vita della nuova normativa, e come consacrato oramai dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, oltre che - se pure in maniera implicita - 'suggerito' dalla Corte Costituzionale<sup>34</sup>, che la riforma non abbia intaccato il generale regime di facoltatività, ad eccezione dei casi previsti dal comma 5 del rinnovato art. 99 c.p.

La novella non pare, oltre a ciò, avere influito sulla configurazione dogmatica della recidiva, ferma restando la qualificazione letterale in termini di circostanza aggravante soggettiva inerente alla persona del colpevole (lasciata peraltro

---

<sup>31</sup>Intervento del Sen. L. Bobbio presso la Commissione Giustizia del Senato, 3 marzo 2005.

<sup>32</sup>Cfr., tra i tanti, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Ridpp.*, 1992, p. 419 ss.

<sup>33</sup>Cfr. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir., dossier*, n 1/2006, p. 32 .

<sup>34</sup>C. Cost n. 192 del 2007 che sarà oggetto di analisi *infra*, *Sezione Seconda*, § 5.

immutata anche dalla novella del 1974), fermo restando inoltre il suo carattere di genericità e perpetuità e le forme del reato espressivo.

La legge n. 251 ha, tuttavia, apportato modifiche importanti e penetranti su diversi piani, sulla falsariga dell'ambito di azione precedentemente esplicitato dalla novella del 1974; della struttura, delle conseguenze sanzionatorie, del regime della continuazione e del concorso formale dei reati, del bilanciamento delle circostanze e delle circostanze generiche, della prescrizione, del regime esecutivo e penitenziario, perseguendo lo scopo primario di operare un vero giro di vite sulla figura del recidivo, in specie reiterato, ossia dell'autore di reato che sia giunto alla terza condanna, attorno al cui <<collo>> è venuto a stringersi il <<cappio sanzionatorio>> approntato dal legislatore<sup>35</sup>.

Non è questa la sede più opportuna per approfondire le innovazioni di diritto sostanziale e processuale che la legge di riforma del 2005 ha introdotto in materia di recidiva: ci limitiamo quindi ad indicarne i tratti salienti, rinviando per gli opportuni approfondimenti alla cospicua dottrina che ha commentato la riforma<sup>36</sup>.

Senza alcuna pretesa di poter qui compiutamente sviluppare le innumerevoli problematiche sollevate dalla legge di riforma, interesse del presente studio sarà quello di cogliere, nelle linee tratteggiate unendo i punti stabiliti dal legislatore, le contraddizioni e le incongruenze che tale fisionomia reca rispetto ad una costruzione dell'istituto dogmaticamente corretta e costituzionalmente orientata, non solo *de iure condito*, ma soprattutto *de lege ferenda*.

Sulla base di una sommaria comparazione con il precedente sistema delineato dall'art. 99 c.p., già si evincono alcune importanti novità apportate dalla novella

---

<sup>35</sup>Per attingere alla suggestiva espressione di PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32.

<sup>36</sup>Sul punto, DOLCINI, *Le due anime*, cit., p. 55 e *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Ridpp*, 2007, n. 2/3, p. 515 ss.; MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/2006, p. 170; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/2006, p. 175 ss.; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32 ss.

del 2005: ma il rigore della svolta repressiva, che si incentra e si accanisce principalmente nei confronti del recidivo reiterato, si coglie nel codice penale soprattutto al di fuori dell'art. 99 c.p. (art. 62 *bis* c.p., art. 69 c.p., art. 81 c.p., art. 157 comma 2 c.p., art. 161, co. 2 c.p.), nel codice di rito, sul terreno dell'esecuzione della pena (art. 656 c.p.p.) nonché nel trattamento penitenziario confezionato 'su misura' per lo stesso, le cui norme sono innegabilmente ispirate ad una logica di pura neutralizzazione.

Al momento, concentrando l'attenzione sull'articolo 99 c.p.<sup>37</sup>, le modifiche strutturali operate dalla riforma hanno interessato:

- l'ambito applicativo, ora circoscritto ai soli <<delitti non colposi>>, sia per il reato fondante che per il reato espressivo<sup>38</sup>;
- l'inasprimento degli aumenti di pena derivanti dalla dichiarazione giudiziale di recidiva, elevandosi sempre la frazione del relativo aumento, oltre che prevedendosi in alcuni casi aumenti non discrezionali ma automatici;
- il ripristino, per alcune ipotesi, della obbligatorietà della recidiva, che rimane nelle restanti ipotesi facoltativa<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>In argomento, vd. MELCHIONDA, *Commento all'art. 1, l. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, 3, pt. 2, p. 421 ss.

<sup>38</sup>Sul giudizio per cui l'esclusione dal campo applicativo della recidiva dei delitti colposi e delle contravvenzioni rappresenti emblema di un diritto penale 'a due velocità', ossia indulgente con i potenti ed inflessibile con i deboli, la dottrina si è espressa in modo unanime. Tra i tanti CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?* in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 65; DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 529; MARINUCCI, *Certezza d'impunità*, cit., p. 172; NATALINI, *La "nuova" recidiva nella "ex-Cirielli". Quel rebus dei "delitti non colposi". Una definizione riduttiva in una legge di ispirazione repressiva*, in *Dir. e giust.*, N. 11/2006, p. 109; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 33; RANDAZZO, *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al dir.*, 2006, dossier, n. 1 p. 4; ROIATI, *I limiti applicativi della colpa penale e la riforma introdotta dalla l. 5 dicembre 2005 n. 251: verso l'adozione di regimi sanzionatori differenziati?*, in *Riv. Pen.*, n. 6/2006, p. 617 ss.

<sup>39</sup>All'indomani dell'entrata in vigore della novella, si profilano da subito due opposte soluzioni esegetiche. Da un lato, alcuna dottrina interpretava come obbligatoria solo la recidiva ex art. 99 comma 5 c.p.: in questo senso, tra i primi commentatori, CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, cit., p. 75; DOLCINI, *Le due anime della legge <<ex Cirielli>>*, cit., p. 56; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 181; PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al dir.*, Dossier, n. 1/2006, p. 62; SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida al diritto*, dossier, n. 1/2006, p. 40. Nella



La configurazione delle diverse ipotesi di recidiva da parte dell'art. 99 c.p. (quindi le forme del reato espressivo), è rimasta nei suoi quattro commi pressoché inalterata rispetto alla versione originaria, con l'eccezione del nuovo comma quinto.

Il nuovo comma sesto riproduce il contenuto del previgente quinto comma (salvo naturalmente riferirsi anch'esso alla nuova struttura della recidiva, riservata esclusivamente ai delitti non colposi), prevedendo che l'aumento di pena sofferto per effetto della recidiva, qualunque sia la forma in cui la stessa si manifesta, non potrà <<superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo>>. Ragionevole limite al possibile – e probabile – effetto moltiplicatore, suscettibile di verificarsi con la mera applicazione degli aumenti di pena per la recidiva.

Come per il passato, la recidiva è perpetua, in quanto la precedente condanna per delitto non colposo può essere fatta valere, ai fini della recidiva, senza limiti di tempo<sup>40</sup>. Rimane sempre la possibilità di neutralizzare la condanna precedente con la riabilitazione che, ai sensi dell'art. 178 c.p., “... estingue le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti ...”, dal momento che una condanna successiva all'intervenuta riabilitazione non è previsto che possa costituire reato fondante ai fini della contestazione della recidiva<sup>41</sup>.

---

manualistica, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 532; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 447; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2007, p. 639. Altra dottrina sosteneva invece l'obbligatorietà anche della recidiva pluriaggravata e di quella reiterata, come prevista dai commi 3 e 4. In tal senso, specialmente PADOVANI, *Commento all'art. 4, l. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 446; SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al dir., dossier*, n. 1/2006, p. 47; BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 105. A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale e della Suprema Corte, pare oramai assodata la natura generalmente facoltativa anche nelle suddette ipotesi. Sul punto, *infra, Sezione Seconda*, § 5.

<sup>40</sup>Critico sui caratteri di genericità e perpetuità che la recidiva conserva nel nostro ordinamento, anche dopo l'intervento riformatore del 2005, CORBETTA *Il nuovo volto*, cit., p. 93.

<sup>41</sup>La recente legge 11 giugno 2004, n. 145 ha ridotto considerevolmente il tempo necessario alla riabilitazione (art. 179 c.p.), riducendosi a 3 anni, 8 nei casi di recidiva <<nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99>>, 10 per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Di converso, come visto, perde la caratteristica della genericità. L'ambito applicativo della recidiva è, infatti, circoscritto ai soli delitti dolosi, in un duplice senso limitativo: non solo il precedente delitto giunto a condanna definitiva deve essere doloso, ma anche il nuovo delitto deve essere della stessa natura. Il dato letterale è inequivoco, atteso che nell'indicare la situazione di colui il quale <<dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro>>, la particella pronominale 'ne' si riferisce senza dubbio alla locuzione 'delitto non colposo'<sup>42</sup>.

Ne rimangono esclusi, con una scelta di politica criminale fortemente opinata da varia parte dei commentatori<sup>43</sup>, sia i delitti colposi sia le contravvenzioni. Le perplessità sollevate da tale scelta sono evidenti: se la *ratio* dell'istituto della recidiva risiede nella rimproverabilità, per la maggior colpevolezza derivante dall'insensibilità all'ammonimento dato dalla precedente condanna, e quindi nell'espressione di una maggiore capacità criminale del soggetto, è evidente che i delitti colposi, specie in settori altamente pericolosi (si pensi alla circolazione stradale o all'attività lavorativa, alle prescrizioni antinfortunistiche, al mercato finanziario, all'ambiente, alle società commerciali, alla salute collettiva), qualora reiterati e quindi espressivi di una criminalità colposa "seriale", paiono esprimere un disvalore sicuramente elevato, sia in termini di pericolosità sociale che di colpevolezza normativa. Né appaiono paragonabili, in termini di disvalore, ai casi in cui si punisca l'autore di delitti sì dolosi, ma non di indole affatto identica, quali ad es. un furto ed una ingiuria, commessi magari in tempi significativamente

---

<sup>42</sup>Deve osservarsi che, pur essendo il delitto non colposo la novità caratterizzante il nuovo istituto, essa potrebbe anche non intendersi come sinonimo semplicemente di delitto doloso, potendo ricomprendere anche le ipotesi codicistiche prevedenti un delitto base doloso ed un ulteriore reato conseguenza non voluta del primo, che viene imputato all'agente a titolo di responsabilità oggettiva; si pensi al caso in cui dalla commissione di un delitto doloso derivi come conseguenza non voluta un evento più grave, quali l'omicidio preterintenzionale (art. 584) l'aborto (art. 18 comma 2 l. 22 maggio 1974 n. 194), i delitti aggravati dall'evento o l'art. 586 c.p..

<sup>43</sup>DOLCINI, *Le due anime*, cit., p. 55; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 33; ID. *Commento all'art. 4 della l. 5.12.2005 n. 251*, in *Leg. Pen.*, n. 3/2006, pt. 2 p. 446 ss.

lontani, che ad oggi sono suscettibili di condurre all'applicazione della deteriore disciplina dettata in tema di recidiva.

Stesso discorso si impone per le contravvenzioni dolose: si pensi ad esempio al reato di false comunicazioni sociali ex art. 2621 c.c., che, qualora reiterato, non potrebbe portare alla dichiarazione di recidiva (salvo, come per tutti gli altri elementi del reato, essere valutato in sede commisurativa della pena ai sensi dell'art. 133, co. 2, n. 2 c.p.).

Per autorevole dottrina, tale disciplina reca i tratti di un odioso <<privilegio categoriale>><sup>44</sup>, che si radica nella convinta intenzione del legislatore che il dolo esprima una maggiore adesione psicologica al fatto, e legittimi quindi una maggior necessità di punizione, scelta <<giustificata dalla maggior rilevanza in termini di pericolosità sociale che indubbiamente si collega all'avvenuta commissione di delitti connotati dal dolo>><sup>45</sup>. Oltre a tutto alcuni Autori<sup>46</sup> fanno notare che il legislatore si sia improvvidamente dimenticato di riformare in analogo senso riduttivo gli artt. 104 e 105 c.p., veri e propri relitti storici, che ancora prevedono la punibilità ed un regime giuridico deteriore per le figure del contravventore abituale e professionale.

Per quanto concerne il carattere assegnato all'istituto, può dirsi oggi con ragionevole certezza, come accennato *supra*, che la recidiva è rimasta generalmente facoltativa. Solo nei casi tassativi, previsti dal comma 5° dell'art. 99 c.p., ossia qualora il nuovo delitto doloso, successivo alla sentenza di condanna definitiva per una precedente fattispecie delittuosa non colposa, rientri in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 407, comma 2, lettera *a*), del codice di procedura penale, l'aumento di pena (*fino alla metà*) per la recidiva diviene tuttavia obbligatorio e, qualora si verta in una ipotesi di recidiva aggravata, l'aggravio non può essere inferiore ad *un terzo* della pena da infliggere per il nuovo delitto.

---

<sup>44</sup>PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 33.

<sup>45</sup>Intervento del sen. G. Ziccone presso la Comm. Giustizia del Senato in data 12 gennaio 2005.

<sup>46</sup>CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, cit., p. 66.

Unica possibilità di salvezza rimane, anche nei casi di recidiva obbligatoria, la ritenuta prevalenza delle attenuanti, anche generiche, con una limitazione: il giudizio di prevalenza è escluso qualora ricorra l'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p. (quindi il giudizio di comparazione potrà al più essere in termini di equivalenza; ma vedi *infra*, trattando della modifica dell'art. 69 c.p.). Oltre a ciò, l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche *ex art. 62-bis* è limitata <<*in relazione ai delitti previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni*>>, non potendo in tali casi tener conto <<*dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma*>>.

Il nuovo art. 99 c.p.<sup>47</sup> continua a prevedere, come per il passato, varie forme di recidiva: recidiva semplice, aggravata (specifica, infraquinquennale, vera e finta)<sup>48</sup> e pluriaggravata (nel caso di ricorrenza di più ipotesi tra quelle sopra elencate: art. 99 comma 3 c.p.)<sup>49</sup>, e recidiva reiterata *ex art. 99 comma 4 c.p.*: è questa la forma di recidiva che è stata oggetto del trattamento deteriore da parte della novella, fino a far sospettare il ritorno di un vero e proprio “*tipo di autore*”.

---

<sup>47</sup>Per una analisi più dettagliata degli aumenti, e della comparazione dell'attuale dato positivo con la precedente disciplina, deve rinviarsi, necessariamente, alla ricca mole di commenti esistenti sull'argomento: *cfr.* in particolare, per tutti, GIUNTA, *Dal disegno di legge alla legge ex Cirielli*, in AA.VV., *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, cit., p. 25 ss.

<sup>48</sup>*Cfr.*, per questa terminologia ROMANO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., *sub art. 99*, cit., pag. 96

<sup>49</sup>Curiosamente, nella precedente ipotesi di recidiva semplice l'aumento di pena è stabilito in misura rigida, mentre nel più grave caso, previsto nel comma 2, al giudice viene, viceversa, restituita la facoltà di determinare l'aumento discrezionalmente, spaziando dal minimo di un giorno o di un euro sino alla metà della pena inflitta. Tale disciplina ha suscitato da subito perplessità negli interpreti, portando a configurare la soluzione, più coerente con l'impianto sistematico di cui ai primi due commi dell'art. 99 c.p., di interpretare l'aumento per la recidiva aggravata come ricompreso nella forbice edittale della variazione minima per la forma semplice, prevista nella misura fissa di “*un terzo*”, <<“*fino alla metà*”, *variazione massima elastica prevista per la recidiva aggravata*>>: in questi termini, MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 179.

L'ipotesi in esame ricorre qualora si tratti di un soggetto già dichiarato recidivo in una precedente sentenza irrevocabile di condanna. L'aumento di pena è indicato nella maniera rigida <<della metà>> anziché <<fino alla metà>> come in precedenza, salvo, nel caso di recidiva reiterata aggravata, nel caso di ricorrenza di una o più ipotesi tra quelle delineate al comma 2, non distinguere più come in precedenza tra le diverse circostanze previste dal comma 2 (in precedenza veniva comminato l'aumento fino a due terzi nel primo e nel secondo caso, da un terzo a due terzi nell'ultima previsione) per prevedere un unico aumento di pena stabilito nella misura fissa <<di due terzi>>.

E' stato da più parti rilevato come il legislatore, utilizzando inopinatamente un criterio di selezione mutuato dal codice di rito penale, e giustificato da ben altre *rationes*<sup>50</sup>, abbia sancito il ripristino dell'obbligatorietà della recidiva per alcune tipologie di reati, accomunati dalla possibilità di prosecuzione delle indagini preliminari fino a due anni<sup>51</sup>, facendo leva sulla gravità di questi ultimi, piuttosto che su un criterio di gravità della recidiva stessa.

Atteso che tale categoria di delitti assumerà rilevanza non solo al fine della obbligatorietà della relativa declaratoria di recidiva, ma anche – come vedremo – in ordine ad altri importanti effetti, deve ritenersi inoltre corroborata la tendenza del legislatore italiano alla costituzione di un vero e proprio '*doppio binario*', non solo processuale ma anche sostanziale, per alcuni reati: si osserva peraltro con preoccupazione l'estensione di siffatto regime dal processo al diritto penale sostanziale, per l'inevitabile spostamento del baricentro del sistema penale verso

---

<sup>50</sup>Evidentemente riferendosi all'esigenza processuale di un prolungamento - fino a due anni - delle indagini preliminari, ovvero dei termini di custodia cautelare: aspetto riconosciuto pacificamente ed unanimemente criticato dalla dottrina, nella sua scarsa plausibilità e difficile conciliabilità con le esigenze politico-criminali sottese alla disciplina di un istituto, come la recidiva, di diritto sostanziale, utilizzato tra l'altro per la prima volta in detti termini. Cfr. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., p. 62.

<sup>51</sup>Sui problemi interpretativi sollevati da tale disposizione cfr. GATTA in DOLCINI MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol I, 2 ed., 2006 sub. art. 99, p. 1065.

l'autore<sup>52</sup>. A tale constatazione, si aggiungono dubbi ulteriori, derivanti dalla infelice formulazione della fattispecie, che non consente di discernere se il riferimento ad <<uno dei delitti indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a)>> c.p.p. sia riferito al solo delitto espressivo ovvero anche al delitto presupposto: ragioni di coerenza sistematica e di garanzia dei principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e di rieducazione imporrebbero a nostro avviso di interpretare la locuzione suddetta come riferita congiuntamente ad entrambi i delitti<sup>53</sup>. Appare di palmare evidenza, comunque, l'immanente tensione di tale figura di recidiva obbligatoria con svariati profili di legittimità costituzionale e con fondamentali principi sottesi ad un moderno sistema penale, facendo paventare il ritorno di un vero e proprio "tipo d'autore".

### 3. La struttura della recidiva.

La recidiva, lett. "ricaduta", individua, come accennato, la condizione personale di colui che commette un delitto non colposo, dopo essere stato condannato definitivamente per un delitto, anch'esso non colposo<sup>54</sup>.

Dall'analisi del fatto giuridico del reato risultano quindi due elementi:

- I. una precedente condanna passata in giudicato;
- II. la commissione di un nuovo delitto non colposo successivo al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il precedente fatto di reato<sup>55</sup>.

Giurisprudenza conforme concorda con la dominante dottrina circa la necessità di una sentenza irrevocabile, anche straniera, purchè riconosciuta ai sensi dell'art.

---

<sup>52</sup>Per tutti, RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. Pen.*, n. 2/ 2007, p. 511.

<sup>53</sup> Conforme in tale senso CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva reiterata*, cit., p. 78-79 cui si rinvia anche per l'esame del testo e l'esposizione delle ragioni a sostegno di tale esegesi.

<sup>54</sup>Sulla recidiva, vd. anche il contributo di GIUNTA, *Recidiva*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 1322.

<sup>55</sup> Da ultimo, Cass. Sez. III, 17.5.1994, Pietra, in *Mass. Dec. Pen.* 198204.

12 c.p. (c.d. *recidiva internazionale*)<sup>56</sup>. Indifferente è invece l'effettiva espiazione della pena irrogata, determinandosi altrimenti un ingiustificato trattamento di favore proprio per chi si sottraesse all'esecuzione della condanna.

### 3.1. La dichiarazione giudiziale di recidiva.

Appare di tutta evidenza l'importanza che riveste il presupposto, da cui scaturiscono gli effetti collegati a tale istituto: *la dichiarazione* di recidiva.

Deve naturalmente trattarsi di una dichiarazione *giudiziale*: abbiamo peraltro visto come la formulazione letterale dell'art. 99 c.p., per cui <<*chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di pena...*>> sia inequivoca nel configurare la recidiva come un istituto facoltativo, per la cui sussistenza è peraltro indispensabile una pronuncia del giudice procedente. Anche se sulla nozione di facoltatività, vero delicato punto nevralgico della fattispecie, ancora si susseguono le discordi interpretazioni giurisprudenziali (ma sul punto, vd. ampiamente *infra*, *Sezione Seconda*, § 3)

Nella ricostruzione, dottrinale come giurisprudenziale, di tale importante e problematico requisito costitutivo della fattispecie, diverse sono state le opinioni circa le regole che dovrebbero presiedere il procedimento valutativo ed argomentativo del giudice, nella sovrana valutazione degli elementi necessari alla dichiarazione di recidiva.

Occorre peraltro, al fine di addivenire ad una sua corretta interpretazione, fondatamente ricollegarsi alla profonda trasformazione dell'impianto originario in cui si collocava l'istituto in esame, così come operata dalla riforma del 1974, che, nel sancire la discrezionalità del suo riconoscimento, ha cagionato probabilmente

---

<sup>56</sup>Trattasi di opinione largamente condivisa da dottrina e giurisprudenza. Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 661.

effetti ulteriori rispetto alle stesse intenzioni del legislatore, introducendo, ai fini della dichiarazione di recidiva dell'imputato, l'obbligo per il giudice di ricercare, al di là del dato formale della sussistenza di una precedente condanna definitiva, ulteriori fattori sostanziali, tali da giustificare gli effetti giuridici deteriori riservati al recidivo, e che sono stati da taluni Autori individuati in quelli relativi alla colpevolezza del fatto<sup>57</sup>.

Tale ricostruzione, ad avviso dei suoi fautori, sarebbe imposta dal carattere personalistico impresso, dalla Costituzione repubblicana, all'interpretazione del sistema penale, che esige la centralità del requisito costituito dalla colpevolezza per il fatto, ovvero della <<gravità del reato vista nella dimensione della personalità del suo autore>><sup>58</sup>, con una rivalutazione del modello classico-retributivo, in opposizione al precedente carattere specialpreventivo *ante* riforma.

Rimandando per ora la soluzione circa la correttezza di siffatta opzione ermeneutica, rimane tuttavia pacifico che, al fine di addivenire alla dichiarazione di recidiva, pressoché concordemente si ritiene che il giudice dovrà valutare la precedente condanna – presupposto formale – congiuntamente o, al più, nel contesto di altri elementi che dovranno caratterizzare il nuovo reato come espressivo di una maggiore rimproverabilità soggettiva del suo autore.

Sebbene il sistema preveda la recidiva anche nel caso di reati non della stessa indole, si è ritenuto nondimeno che il nuovo reato dovrà rappresentare <<la manifestazione di una medesima indifferenza verso le regole del vivere comune>>, valutazione da riportare anche al fatto che il medesimo non abbia profittato delle opportunità di reinserimento offertegli dopo la condanna<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 91 ss.

<sup>58</sup> Cfr. ROMANO – GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 91.

<sup>59</sup> Così ROMANO-GRASSO, *op. ult. loc. cit.*. In giurisprudenza è pacifica la necessità che il giudice accerti, in concreto, sulla base dei criteri *ex art. 133 c.p.*, se la recidiva sia espressione di insensibilità etica e di maggiore pericolosità, e sia meritevole dunque di una maggiore punizione, ovvero sia motivata da fattori occasionali, per i motivi che la determinarono, per il tempo trascorso rispetto al precedente reato, per la diversità di indole tra le manifestazioni delinquenziali, per la



### 3.2. La valutazione in concreto del sintomo recidivante.

Dopo la riforma del 1974, gli elementi espressivi di una dimostrata - a seconda dell'opzione ermeneutica che si voglia privilegiare - *maggior colpevolezza del fatto* (e quindi di maggior gravità del reato) e/o di eventuale *maggior capacità a delinquere* del reo, devono valutarsi *in concreto* <sup>60</sup> da parte dell'organo giudicante.

Tale potere – dovere giurisdizionale ha fatto paventare, da parte di alcuni Autori, l'esistenza sul punto di una vera e propria <<sovranità giurisdizionale>><sup>61</sup>, mentre lo stesso è stato da altri<sup>62</sup> ricondotto nell'alveo della commisurazione della pena in senso lato (attesa la potenziale rilevanza *extraeditale* della recidiva).

Si ritiene inoltre che, una volta appurata l'esistenza dei presupposti di forma e di sostanza della recidiva, il giudice sia obbligato a dichiararla<sup>63</sup>, trattandosi invero di una circostanza discrezionale ma non facoltativa (similmente a quanto accade per le attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*, seppure per la recidiva ricorra il presupposto formale della precedente condanna)<sup>64</sup>.

### 3.3. L'obbligo di contestazione.

Si ritiene – a nostro avviso, correttamente - che la riforma del 1974<sup>65</sup> abbia sancito il regime di facoltatività della recidiva solo per ciò che attiene al potere del

---

condotta tenuta dal reo, tali da non far ritenere sussistente siffatta maggiore pericolosità; *cfr.* tra le tante, Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, in *Ridpp.*, 1976, p. 303, nota PEDRAZZI.

<sup>60</sup>Tra le tante, Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, cit. p. 303.

<sup>61</sup>*Cfr.* NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2 ed., Padova 1982, p. 336.

<sup>62</sup>ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 91.

<sup>63</sup>Così MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Ridpp.*, 1987, p. 75; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., p. 92.

<sup>64</sup>Così MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Ridpp.*, 1987, p. 63: conf. ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2005, cit. p. 92 ss.

<sup>65</sup>Sull'argomento, all'indomani della riforma del 1974, vd. PENNISI, *Contestazione, dichiarazione ed effetti penali della recidiva*, in *Giur. It.*, 1974, II, c. 27.

giudice di dichiararla o meno in sentenza, ma che tale carattere non si attagli alla contestazione da parte della pubblica accusa, da ritenersi invece sempre doverosa. Spetterà quindi all'accusa dedurre e contestare preventivamente il presupposto formale della recidiva, ossia la precedente condanna, prima dunque della valutazione del giudice circa la sussistenza degli altri presupposti sostanziali della medesima nel caso concreto<sup>66</sup>. Parte della dottrina insiste invero per la necessità di una contestazione *specificata* della stessa, secondo i tipi ed i gradi legislativamente previsti<sup>67</sup>, in ossequio al diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 Cost.

### **3.4. L'obbligo di motivazione.**

Per la prevalente opinione, una volta ritenuta sussistente la recidiva nel caso concreto, il giudice dovrà adempiere all'obbligo di motivazione secondo gli ordinari criteri.

Si rileva tuttavia come parte della giurisprudenza abbia reputato doverosa la motivazione solo nel caso di esclusione della ricorrenza della recidiva, e non allorquando venga invece ritenuta<sup>68</sup>. Un mutamento di indirizzo sul punto si è nondimeno registrato in alcune pronunce, nelle quali si è sostenuto che l'esercizio della discrezionalità giudiziale debba in ogni caso essere sorretto da idonea motivazione, nel caso in cui si sia ritenuto di applicare tale aumento o meno<sup>69</sup>, ed

---

<sup>66</sup>PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., p. 343. Conforme, tra le tante, prima della riforma, Cass. 18.12.1974, in *Cass. Pen.*, 1975, p. 184 e, dopo il 1974, tra costante giurisprudenza, Cass. 5.3.1999, *ivi.*, 2000, p. 1261.

<sup>67</sup>LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 205; MELCHIONDA, *Recidiva*, cit., p. 97. Per giur. prevalente, tuttavia, l'accusa è tenuta a contestare la recidiva solo sulla base del certificato del casellario. In tal senso pure la dottrina; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307; SERIANNI, *Recidiva*, in *NssDI, App.*, p. 370.

<sup>68</sup>Cfr. Cass., sez V, 23 Maggio 1979, Mazza, in *C.E.D. Cass.* n. 143580; Cass., Sez. IV, 26 giugno 1975, Balzamo, *ivi.*, n. 131810.

<sup>69</sup>Cfr. Cass., Sez. II, 9.3.1987, Leone, in *Riv. Pen.*, 1988, p. 89, anche se sentenza di poco successiva ha ritenuto legittima la mancata motivazione circa la ritenuta esistenza della recidiva, sul presupposto per cui il giudice ha la facoltà <<non di escludere la circostanza, che è inerente

anche qualora sia stato effettuato un giudizio di comparazione con altre circostanze, nei diversi esiti a cui lo stesso può condurre.

Per quanto attiene ai requisiti da porre alla base della dichiarazione suddetta, discordie si sono da subito registrate in ordine alla necessità o meno della ricorrenza di fattori ulteriori, rispetto al dato formale rappresentato dalla precedente sentenza definitiva di condanna.

Riallacciandosi al dibattito circa la natura giuridica della recidiva, vi è chi ha sostenuto<sup>70</sup> che la natura circostanziale della stessa sarebbe stata confermata dai poteri attribuiti al giudice dalla riforma del 1974, in quanto quest'ultima nulla avrebbe innovato se avesse imposto la considerazione della recidiva come un dato immanente di qualificazione del reato, da ritenere sussistente per il solo fatto della esistenza di una precedente condanna. La stessa non si sarebbe limitata a ciò, ma avrebbe, di contro ampliato i poteri del giudice, imponendogli la ricerca di ulteriori presupposti sostanziali da considerare unitamente al presupposto formale costituito dal precedente giudicato penale, in tal guisa inserendo la recidiva pienamente nel novero delle circostanze, come dimostrato peraltro dalla sua immissione nel giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*

Alla stregua della suddetta impostazione ermeneutica, la recidiva non potrebbe considerarsi esistente alla stregua soltanto della precedente condanna ed indipendentemente da una dichiarazione giudiziale apposita, dovendo invece essere dichiarata solo qualora vengano individuati dal giudice tutti i presupposti della stessa, analogamente a quanto si verifica in ordine alle altre figure circostanziali.

Ulteriori contrasti permangono in ordine all'obbligo o meno del giudice di procedere all'aumento della pena in caso di riconoscimento in concreto dell'esistenza della recidiva, problematica che si riconnette – ancora una volta – alla interpretazione da darsi alla nozione di facoltatività. Per i riflessi dirimenti

---

*alla persona del colpevole, ma di non apportare gli aumenti di pena che ad essa dovrebbero conseguire>>>: vd. Cass., Sez. II, 29.11.1988, Sciuto, in Riv. Pen., 1990, p. 989.*

<sup>70</sup> ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 92.

che tale problematica è suscettibile di produrre ai fini della nostra analisi, si impone un approfondito esame della nozione e dei contenuti del potere facoltativo del giudice, che sarà ampiamente svolto *infra*, *Sezione Seconda*, § 3<sup>71</sup>.

#### **4. Gli effetti derivanti dalla nuova configurazione della recidiva.**

Possiamo, in via preliminare, osservare come le modifiche effettuate dalla legge n. 251 del 2005, incidenti, oltre che sulla disposizione di cui all'art. 99 c.p., su varie altre parti del codice penale, nonché sul codice di procedura penale e su diversi istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, hanno introdotto un inasprimento sanzionatorio senza precedenti nei confronti di un preciso tipo di delinquente, il recidivo reiterato, che viene a costituire quindi il vero perno repressivo dell'intervento riformatore. Si consideri poi come, oltre agli effetti derivanti in via diretta da tali modifiche, altrettanti sono gli effetti per così dire collaterali che la recidiva dispiega anche nei settori cui la novella non si è rivolta espressamente<sup>72</sup>.

Di seguito, indicheremo e affronteremo brevemente i principali istituti interessati dall'intervento legislativo del 2005.

---

<sup>71</sup>Basti per ora accennare come per alcuni Autori sussisterebbe per il giudice, che rilevi l'esistenza in concreto della recidiva, l'obbligo di procedere all'aumento di pena, salvi gli effetti di elisione derivanti da attenuanti di segno opposto: *vd.* PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 478; in giur., Cass., 6 febbraio 1987, in *Riv. Pen.*, 1987, p. 988; Cass., 11 febbraio 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 449. Nel senso che la riforma del 1974 non ha reso facoltativa la contestazione della recidiva ma ha conferito all'organo giudicante il potere di non aumentare la pena in caso di recidiva contestata, *cfr.* Cass. sez. I, 15 maggio 1986, Menemio, in *C.E.D. Cass.*, n. 174074; Cass. Sez. II, 8 giugno 1979, Spinetti, *ivi*, n. 143753;

<sup>72</sup>Si pensi al caso dell'oblazione discrezionale: a norma dell'art. 162 *bis*, l'oblazione discrezionale, possibile per le contravvenzioni punite con pene alternative, <<non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99>>, quindi di recidiva reiterata, nonché nei casi di contravventore abituale e professionale previsti <<dall'art. 104 o dall'art. 105>>. Ne deriva che, essendo i casi di recidiva *ex art. 99* comma 3 ristretti ai soli delitti, la dichiarazione di recidiva reiterata non inibirà più la concessione dell'oblazione discrezionale, ai sensi dell'art. 2 comma 3 c.p.

#### **4.1. L'applicabilità delle circostanze generiche.**

Nel secondo comma dell'art. 62-*bis*, introdotto dall'art. 1 della l. 251/2005, si afferma che *“ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni”*.

La limitazione al possibile riconoscimento delle attenuanti generiche riguarda, dunque, soltanto il recidivo reiterato ai sensi del quarto comma dell'art. 99 c.p., il quale abbia commesso un nuovo delitto (almeno il terzo) non colposo che sia compreso nella lista di cui all'art. 407, comma 2 lettera *a*) c.p.p. (per intendersi i delitti per i quali la durata massima delle indagini preliminari può raggiungere i due anni), con l'ulteriore limitazione del minimo edittale, che non deve essere inferiore *“a cinque anni”*.

Giova brevemente ricordare che le attenuanti generiche costituiscono uno strumento per modulare la pena in concreto, adattandola alla gravità del reato commesso e alla personalità del colpevole.

Contemplate nel Codice Zanardelli (art. 59), che non prevedeva circostanze specifiche, abolite con il Codice Rocco, che prevedeva solo circostanze specifiche, le circostanze attenuanti generiche sono state ripristinate nel nostro sistema penale nel 1944 con l'introduzione dell'art. 62-*bis*, ma la loro incidenza si è ampliata considerevolmente con la riforma del 1974.

Sono, infatti, entrate nel giudizio di comparazione con le aggravanti (salvo tassative eccezioni, intervenute nel tempo in materia di terrorismo, eversione e mafia, come vedremo *infra*, Sezione Seconda, § 4 ), e sono state oggetto di larga applicazione giudiziale, anche al fine di temperare il rigore sanzionatorio del codice fascista, ma sconfinante spesso in una automatica e generalizzata

concessione delle stesse, con eccessi di lassismo giurisdizionale, da più parti paventati o lamentati: proprio questi ultimi rilievi sarebbero stati invero alla base dell'intervento limitatore del legislatore del 2005.

Alcuni Autori osservano che tale cambiamento di rotta sarebbe tuttavia più apparente che reale, essendo soltanto un modo di fare la "*faccia feroce*", senza conseguenze apprezzabili<sup>73</sup>, in quanto, a mente del rimodellato art. 62-*bis* c.p., rimarrebbero sottratte a tale esclusione altrettante fattispecie delittuose gravi (si pensi, ad es., alla rapina pluriaggravata). Taluni Autori hanno invero criticato anche il carattere non assoluto del divieto, asserendo che, nelle predette situazioni, il giudice potrebbe nondimeno concedere le attenuanti generiche, ma considerando parametri diversi da quelli indicati nell'art. 133, primo comma, n. 3) (l'intensità del dolo), e nel secondo comma della stessa disposizione (tutti quei criteri rivelatori della capacità a delinquere del soggetto: motivi a delinquere, carattere del reo, precedenti penali e giudiziari, condotta anteatta, contemporanea o susseguente al reato, condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo), non essendoci, oltre alle suddette, preclusioni alla concessione delle circostanze attenuanti generiche ai recidivi reiterati.

E' per contro vero che è stata introdotta una sorta di <<*discrezionalità guidata in negativo*>><sup>74</sup>, dovendosi onestamente riconoscere come solo con una certa difficoltà il giudice, salvo un particolare impegno critico motivazionale, potrebbe verosimilmente addivenire alla concessione delle circostanze attenuanti generiche fondandosi su parametri diversi da quelli ora esclusi. Rimane infatti in piedi solo la considerazione della gravità del reato, desunta dagli elementi *lato sensu* attinenti alla condotta, ovvero della gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa: appare peraltro chiaro, dai titoli di reato per i quali è preclusa la

---

<sup>73</sup> PALUMBO, *La ex Cirielli in pillole*, in *Dir e giust*, n. 14/2006, p. 68.

<sup>74</sup> Così SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle <<circostanze>>*, in *Guida al dir., dossier*, n. 1/2006, p. 39.

considerazione su base soggettiva delle circostanze generiche, nonché dallo stesso tenore edittale delle previsioni, come difficilmente potranno rinvenirsi elementi attenuanti la riprovevolezza del reato su tali basi.

Si profila, per tale via, l'intenzione del legislatore di precludere, di fatto, la concessione di tale diminuzione per i recidivi reiterati, sulla base di una presunzione in ordine all'intensità del dolo ed al grado di capacità a delinquere dei soggetti che commettano i reati compresi nella lista succitata, che appare per vero irragionevole.

Criticabile appare peraltro il riferimento di tipo processuale, utilizzato al fine di selezionare i reati immeritevoli di una considerazione degli elementi attenuanti in chiave soggettiva, attuato attraverso il richiamo ai reati per i quali il c.p.p. prevede il prolungamento degli ordinari tempi di indagine fino a due anni, con l'ulteriore restrizione derivante dalla sussistenza di un predefinito minimo edittale. Lascia invero perplessi che l'intenzione, dichiarata nel dibattito che ha animato gli sviluppi dell'*iter* approvativo del d.d.l., di limitare (originariamente addirittura vietare) l'indiscriminato riconoscimento delle attenuanti generiche ai recidivi, che si fossero resi responsabili di ulteriori gravi reati, si sia concretizzato nel richiamo ad una lista, tanto per l'improprietà del rinvio al Codice di rito effettuato da una disposizione della parte generale del Codice penale<sup>75</sup>, ovvero per la destinazione funzionale affatto differente della norma in esame<sup>76</sup>, mirante a consentire un maggiore lasso di tempo al fine di espletare indagini complicate, non a cagione della supposta maggiore gravità dei reati, bensì in ragione della complessità nelle attività investigative e nel reperimento delle fonti di prova.

Varie sono, in effetti, le disomogeneità e le distonie sia tra le ipotesi delittuose contenute in detta lista, ed oltremodo rispetto ad altrettante fattispecie in essa non

---

<sup>75</sup>FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale. Le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1325.

<sup>76</sup>ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, cit., p.15 ss.

contemplate, per le quali rimane invece inalterato il potere del giudice di valutare le attenuanti generiche anche su base soggettiva.

E' stato paventato, infine, che l'ambiguità di formulazione del rinnovato art. 62 *bis* c.p. potrebbe inoltre prestarsi ad una lettura senza ombra di dubbio in contrasto con i principi costituzionali in materia di responsabilità penale. Si tratterebbe dell'interpretazione per cui i delitti *ex* art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. caratterizzerebbero, coloro i quali siano stati condannati a tale titolo, come soggetti recidivi "*qualificati*" (analogamente a quanto a quanto previsto dal nuovo comma 5 dell'art. 99 c.p.), tale da ritenere agli stessi applicabile la disciplina *ex* art. 62 *bis* c.p., qualunque sia il successivo reato commesso – anche se di lieve entità –riferendo quest'ultimo in senso generale a qualsivoglia capo di imputazione. Tale prospettazione non pare tuttavia sostenibile, intanto in base all'esegesi del testo normativo, ed inoltre in quanto verrebbe a ricreare una presunzione di pericolosità, già dichiarata incostituzionale, a carico di soggetti che andrebbero puniti non solo per il fatto commesso, ma anche in base ad una prognosi legale di pervicacia delinquenziale presunta *iuris ed de iure*, quasi una categoria specializzante della recidiva<sup>77</sup>. Attesa l'inammissibilità teorica dell'interpretazione sottesa a tale soluzione, dovrà più fondatamente sostenersi che la responsabilità per uno dei delitti contenuti nella 'lista' suddetta deve rilevare al momento dell'accertamento giudiziale della responsabilità per detto fatto di reato, commesso da chi sia già stato dichiarato recidivo.

#### **4.2. Il concorso e il bilanciamento delle circostanze.**

Anche in tale delicato settore, è facilmente individuabile una stretta, da parte del legislatore, nei confronti del "solito" recidivo reiterato, che si traduce in una drastica

---

<sup>77</sup> Così ROSI, *Effetti della recidiva reiterata*, cit., p. 17.



compressione dei poteri commisurativi della sanzione spettanti al giudice. Ad esso viene infatti precluso il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, sulle aggravanti contemplate negli artt. 99 comma 4, 111 e 112 co. 1 n. 4 c.p. .

Si palesa, dunque la considerazione di dette ipotesi come espressive di una personalità talmente compromessa da immeritare una diminuzione per qualsivoglia contraria ipotesi attenuante: *<<ne risulta un giudizio di comparazione <<orientato>> in chiave special preventiva>>*<sup>78</sup>.

Si profilano, invero, per tale via seri dubbi in ordine al rispetto del precetto di cui all'art. 27 comma 3 Cost., pur nella volontà del legislatore di limitare l'incertezza derivante dalla discrezionalità giudiziale, nella commisurazione anche *extraeditale* della pena<sup>79</sup>, con un ritorno alla disciplina precedente alla riforma del 1974. Si osserva inoltre come rimarrebbe peraltro sempre possibile un giudizio di equivalenza tra le attenuanti, anche generiche, e le predette aggravanti, anche se, per altra autorevole opinione tale possibilità non sarebbe frutto di una consapevole scelta del legislatore, quanto di un *<<lapsus calami provvidenziale>>*<sup>80</sup>.

Nei commenti immediatamente successivi all'entrata in vigore della riforma, si è invero osservato che il giudice, muovendosi discrezionalmente tra il minimo e il massimo editale, potrebbe pervenire ad un risultato sostanzialmente analogo a quello che si potrebbe ottenere con la ritenuta prevalenza delle attenuanti. In tal modo, l'effetto preclusivo voluto dal legislatore sarebbe, di fatto, vanificato<sup>81</sup>.

Si rilevava inoltre da parte di alcuni Autori, come il riferimento all'art. 99, comma 4 c.p., cioè alla recidiva reiterata, fosse verosimilmente errato: in base alla circostanza per cui la recidiva, anche a seguito della riforma, fosse rimasta ordinariamente facoltativa, l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria rappresentata dall'art. 99, quinto comma, così come introdotto dalla stessa legge 251/2005, non avrebbe avuto senso

---

<sup>78</sup>SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida al diritto, Dossier*, n. 1/ 2006, p. 39.

<sup>79</sup>Cfr. MELCHIONDA, *Commento all'art. 3, l. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, n. 3/2006, pt. 2, p. 437 ss.

<sup>80</sup>PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit. , p. 32.

<sup>81</sup>SCALFATI, *Cade il bilanciamento*, cit., p. 39.

che il legislatore avesse posto un divieto di prevalenza in rapporto ad una ipotesi di recidiva facoltativa, che il giudice poteva discrezionalmente escludere<sup>82</sup>.

#### **4.3. La continuazione e il concorso formale di reati.**

Anche nel settore del concorso di reati, la novella del 2005 ha introdotto rigorosi limiti alla discrezionalità del giudice in caso di recidiva reiterata. Il nuovo comma 4 dell'art. 81 c.p. prevede infatti che, in caso di concorso formale di reati o di reati in continuazione, commessi da colui cui sia stata *applicata*<sup>83</sup> la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p., salvo il limite derivante dal divieto di superare il cumulo materiale, l'aumento di pena per il reato più grave potrà spaziare sino al triplo, ma <<non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave>>. Appare ragionevole ritenere che tale ipotesi non ricorra, qualora la recidiva reiterata sia contestata per la prima volta nel processo per i reati avvinti dal vincolo della continuazione o in concorso formale. Tale interpretazione, oltre ad apparire più conforme e rispettosa della formulazione letterale dell'articolo ( che parla di soggetti <<ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma>>), sarebbe comunque da preferire in base al principio del *favor rei*<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup>Cfr. PALUMBO, *La ex Cirielli in pillole*, cit., p. 68. Alla suddetta conclusione perviene peraltro anche C. Cost., sent. n. 192/2007, che sarà esaminata in seguito *infra*, *Sezione Seconda*, § 5.

<sup>83</sup>Sulla controversa interpretazione da attribuirsi alla locuzione <<recidiva applicata>>, vd. *infra*, *Sezione Seconda*, § 5, specie nota 171.

<sup>84</sup>Per una precipua analisi delle diverse linee interpretative ricavabili dall'equivoca formula utilizzata dal legislatore, vd. BARTOLI, *Commento all'art. 5 della legge 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, n. 3/2006, pt. 2, p. 454 ss. Taluni commentatori hanno fatto notare come la locuzione <<reati in concorso formale o in continuazione>>, più ampia di quella di <<delitto non colposo>> contenuta nell'art. 99 c.p., potrebbe in astratto prestarsi a legittimare un'applicazione di tale deteriore regime anche nel caso di concorso formale o ricorrenza di un medesimo disegno criminoso tra contravvenzioni dolose e delitti dolosi, cui vada applicata la recidiva reiterata, e addirittura nel caso di plurime contravvenzioni dolose, qualora la recidiva reiterata sia stata contestata con una precedente sentenza. In tal senso, cfr. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., p. 82.

Ultima notazione riguarda l'individuazione della pena su cui va effettuato l'aumento: si propende per interpretare la locuzione pena <<*stabilita*>> per il reato più grave come sinonimo di pena <<*inflitta*>>: l'insostenibilità teorica di una diversa interpretazione risulta chiara, qualora si pensasse che, altrimenti, non si saprebbe se l'aumento vada effettuato sul minimo e sul massimo edittale, e allorché il giudice scegliesse tale seconda soluzione, gli aumenti di pena giungerebbero a livelli inaccettabili. Tale soluzione sarebbe avvalorata, inoltre, dall'interpretazione sistematica del combinato disposto degli artt. 81 comma 4 c.p. e 671 comma 2 *bis* c.p.p., che estende alla fase dell'esecuzione penale la disciplina dal primo prevista, rispetto al quale l'art. 187 norme att. c.p.p. prevede che <<*si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave*>>.

La pena finale, risultante dall'aumento per il concorso formale o la continuazione, non deve tuttavia superare il triplo della pena base né il cumulo materiale delle pene dei singoli reati.

Scelta senz'altro condivisibile quella di applicare un doppio limite all'aumento di pena, ma che pare essere insufficiente a mitigare il rigore di un trattamento sanzionatorio esasperatamente severo, atteso che il recidivo reiterato vedrebbe aumentata la pena due volte per lo stesso fatto: una prima volta, per la semplice ricorrenza della recidiva reiterata *ex* art. 99, comma quarto, c.p.– dalla metà a due terzi, a seconda del carattere semplice o aggravato–; la seconda volta, per effetto dell'obbligatorio aumento di un terzo della pena del reato più grave, sul quale è già stato apportato l'aumento per la recidiva. E' evidente come tale disciplina sia insensibile al principio di proporzione, oltre che al fine rieducativo che la nostra Costituzione continua inascoltatamente ad attribuire alla pena.

#### **4.4. La prescrizione.**

Il recidivo aggravato e reiterato subisce inoltre un trattamento deteriormente ed irragionevolmente discriminatorio in materia di prescrizione del reato, anch'essa riformata.

Con la legge n. 251/2005 il previgente sistema ‘a scaglioni’ in relazione alla gravità edittale del reato, stimata sulla pena massima comminata dalla legge, tenuto conto dell’aumento massimo stabilito per le aggravanti e della diminuzione minima per le attenuanti, ha infatti lasciato il posto ad un criterio in cui il tempo necessario a prescrivere è – di regola - commisurato al massimo edittale di ciascun reato.

Vale, in definitiva, il reato così come prefigurato nei limiti edittali dalla norma incriminatrice, senza la possibilità di considerare - ed eventualmente, bilanciare - eventuali aggravanti o attenuanti, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere. Questa regola soffre peraltro due eccezioni, computandosi nel tempo necessario a prescrivere le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e quelle ad effetto speciale, per di più considerate nella loro massima estensione.

Ben si vede come, al recidivo reiterato, venga riservato un trattamento deteriore e discriminatorio rispetto agli altri soggetti che delinquono, dal momento che i tempi di prescrizione del reato subiscono un doppio aumento per effetto della recidiva: una prima volta in quanto, essendo la recidiva una circostanza aggravante ad effetto speciale, la stessa accresce il massimo edittale su cui computare il termine prescrizionale, a cui si aggiunge inoltre l’espreso divieto di bilanciamento tra circostanze ai fini della determinazione della pena base su cui calcolare il termine prescrizionale (ulteriore limitazione della discrezionalità giudiziale); una seconda volta in quanto, per tale categoria di soggetti, il legislatore ha riservato una disciplina maggiormente ampia dei tempi di interruzione (art. 161 c.p.), ordinariamente previsti in un quarto, che producono un aumento dei tempi di prescrizione dalla metà (nei casi di cui all’art. 99 comma 2) a due terzi (nel caso di cui all’art. 99 comma 4).

Tale regime, è stato sostenuto, pare inserirsi <<*nella logica del furore, non della ragione*>><sup>85</sup>. Come efficacemente osservato, non potendo il diritto all’oblio - che tale istituto giustifica e fonda - che operare in una dimensione <<*strettamente obiettiva e*

---

<sup>85</sup>PADOVANI, *Una novella*, cit., p. 32.

*impersonale*>>, se la riforma della prescrizione operata dalla legge c.d.<< *ex Cirielli*>> poteva avere una sua plausibilità, qualora incentrata sull'obiettivo di eliminare i mutevoli e precari apprezzamenti del carico circostanziale effettuati *a posteriori* dal giudice, è pur vero che elemento di grave distonia e discriminazione irragionevole è rappresentato dall'aumento spropositato della pena a cagione di un istituto – la recidiva – che nessun effetto dispiega su tale esigenza - effetto di oblio.

Se è vero, infatti, che la rilevanza della prescrizione si esplica sul piano del venir meno delle esigenze di prevenzione generale, anche qualora declinata nella sua ulteriore “variante” positiva o integratrice, <<*la pena tardivamente irrogata o espiata in modo intempestivo, perdendo di attualità confermativa, non può che smarrire le proprie potenzialità di rassicurazione*>><sup>86</sup>, ciò significando che nessun rilievo rivestono le potenzialità criminogene dell'autore dell'illecito.

Altro rilievo di incostituzionalità atterrebbe al principio di presunzione di non colpevolezza ed al principio di ragionevole durata del processo, variando quest'ultimo irragionevolmente, sulla sola base della ricorrenza o meno di una circostanza che, oltretutto, potrebbe anche non attualizzarsi in ordine al reato per cui si procede, e che ciononostante dilata incontenibilmente ed in maniera discriminatoria i tempi del processo.

#### **4.5. Gli effetti operanti in fase esecutiva: la sospensione dell'esecuzione.**

Sul piano processuale, la novella ha modificato in senso peggiorativo vari istituti operanti nella fase esecutiva, a detrimento della posizione del solito recidivo reiterato<sup>87</sup>. In particolare, è stato riformulato l'art. 671 c.p.p., cui è stato aggiunto un

---

<sup>86</sup>GIUNTA – MICHELETTI, <<*Tempori cedere*>>, Torino, 2003, p. 41.

<sup>87</sup>Per una panoramica, vd. BLASI, *Ex Cirielli, ridotti i benefici carcerari, la stretta sui recidivi punto per punto*, in *Dir. e Giust.*, n. 3/2006, p.101 ss.

<sup>87</sup>Per una disamina più approfondita della questione, cfr. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al dir., Dossier*, n. 1/2006, p. 79 ss.

comma 2 *bis*, il quale prevede il necessario raccordo con le modifiche apportate al Codice penale, sancendo l'applicabilità del nuovo art. 81 comma 4 c.p. in sede di esecuzione.

Resta naturalmente fermo il presupposto di operatività della recidiva, ovvero la necessità dell'espresso riconoscimento in sentenza a seguito di rituale contestazione, indipendentemente dall'eventuale giudizio di bilanciamento con circostanze di segno opposto, nei termini di subvalenza o equivalenza<sup>88</sup> (consentito nei soli termini dell'equivalenza dal novellato art. 69, comma 4, c.p. per il recidivo reiterato).

Rimane peraltro aperta la questione circa l'applicabilità della nuova disciplina restrittiva al recidivo, dichiarato tale nella sentenza di condanna della cui esecuzione si tratta, ovvero a colui il quale la recidiva sia stata dichiarata in altra sentenza precedente al titolo in esecuzione. L'argomento letterale non pare peraltro decisivo, trattandosi in entrambi i casi di soggetto cui può dirsi essere stata applicata la recidiva al momento dell'esecuzione (null'altro precisando la norma in questione). Rilievi sistematici, attinenti all'impostazione tradizionale della fase esecutiva penale propenderebbero fondatamente per l'accoglimento della tesi più restrittiva, pur sussistendo residui dubbi circa la reale *ratio* della disposizione<sup>89</sup>.

Per quanto riguarda le altre modifiche, il giro di vite operato dalla legge n. 251/2005 riguarda principalmente i condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata ai sensi dell'art. 99, co. 4 c.p.

Le modifiche interessano sia la fase iniziale dell'esecuzione, per quanto concerne la possibilità di avere accesso alle misure alternative alla detenzione penitenziaria, evitando quindi una carcerazione destinata, nella ricorrenza dei requisiti prescritti per l'applicazione delle suddette, ad essere inutile, sia la fase successiva all'internamento, investendo, in particolare, la possibilità di accedere ai benefici carcerari o alle misure alternative stesse.

---

<sup>88</sup> Vd. *infra*, Sezione Seconda, § 5, specie nota 171.

In sintesi, i condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata non solo avranno immediato ed automatico ingresso in carcere, non trovando per gli stessi più applicazione l'istituto della sospensione dell'esecuzione, ma troveranno molte più difficoltà anche al fine di accedere *intra moenia* ai benefici penitenziari od alle misure alternative, la cui concessione è contornata di condizioni ben più gravose rispetto agli altri detenuti.

Per quanto concerne la sospensione dell'esecuzione, la legge 251/2005 ha introdotto infatti un doppio binario sulla base del solo discrimine rappresentato dalla dichiarazione di recidiva reiterata, risultante dal titolo, prevedendo il nuovo art. 656, comma 9, c.p.p., lettera c), che la sospensione dell'esecuzione non possa essere disposta: *“nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale”*. Non si può mancare di rilevare che il recidivo reiterato va subito in carcere, anche per pene di modesta entità, mentre gli altri condannati, a pene anche fino a tre anni di reclusione, potranno usufruire della sospensione dell'esecuzione e, qualora ammessi a una misura alternativa, sconteranno la pena senza alcun contatto col carcere<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup>Per i tossicodipendenti e gli alcolodipendenti va ricordato che il governo ha rimaneggiato la disciplina, sopprimendo, con decreto-legge del 30 dicembre 2005 n. 272, convertito, con modificazioni, in L. 21.02.2006 n. 49, la disposizione dell'art. 94-bis (che era stata riformulata dalla legge n. 251/2005) del testo unico 309/1990, la quale conteneva il divieto di concedere più di una volta le misure della sospensione dell'esecuzione e dell'affidamento in prova nei confronti dei condannati tossicodipendenti o alcolodipendenti cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 co. 4 c.p. A norma dell'art. 4, comma 2, del medesimo d.l. 272/2005, è stata inoltre sancito che *la disposizione di cui alla lettera c) del comma 9 dell'articolo 656 del Codice di procedura penale non si applica nei confronti di condannati, tossicodipendenti o alcolodipendenti, che abbiano in corso, al momento del deposito della sentenza definitiva un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti ovvero nell'ambito di una struttura autorizzata nei casi in cui l'interruzione del programma può pregiudicarne la disintossicazione. In tale caso il pubblico ministero stabilisce i controlli per accertare che il tossicodipendente o l'alcolodipendente prosegua il programma di recupero fino alla decisione del tribunale di sorveglianza e revoca la sospensione dell'esecuzione quando accerta che la persona lo ha interrotto*. Sul punto, cfr. MARRA, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario*, in AA.VV. *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 289 ss. Si è parlato a tal proposito di una frettolosa retromarcia, giustificata dalle preoccupazioni circa l'impatto che tale disposizione avrebbe avuto sul sistema penitenziario, e che ricorda da vicino la vicenda della legge dei tre colpi in California: diffusamente, in argomento, DELLA BELLA, *Three strikes and you're out. La guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Ridpp*, n. 2-3/2007, p. 859. Per la disamina della legislazione statunitense, Vd *infra*, Capitolo Terzo.

#### 4.6. Le ricadute in ambito penitenziario.

La "stretta" per i recidivi si è manifestata anche nelle modifiche che hanno interessato la materia penitenziaria, ispirate anch'esse ad esaltare il recidivo reiterato come tipo normativo d'autore<sup>91</sup>, al quale dedicare un vero e proprio "statuto" penitenziario<sup>92</sup> coinvolgente vari istituti, previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, che di seguito si citano brevemente nei loro risvolti pratici più immediati.

***I permessi premio:*** Secondo la nuova disposizione dell'art. 30-*quater*, introdotta dall'art. 7 della legge 251/2005, al detenuto che rivesta la qualità di recidivo reiterato, i permessi premio possono essere concessi:

- nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a tre anni, anche se congiunta all'arresto, dopo l'espiazione di un terzo della pena (non più immediatamente);
- nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a tre anni, dopo metà della pena (non più dopo un quarto);
- nei confronti dei condannati alla reclusione per uno dei delitti compresi nella lista di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, dopo l'espiazione di due terzi della pena e comunque non oltre quindici anni (non più dopo l'espiazione di metà della pena);
- nei confronti del condannato all'ergastolo, dopo quindici anni (non più dopo dieci anni).

---

<sup>91</sup>Per un indispensabile approfondimento della dogmatica del tipo di autore, fondamentale il contributo di CALVI, *Tipo criminologica e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 263 ss.

<sup>92</sup>Per tale efficace definizione, vd. FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 225. Per ulteriori osservazioni e commenti, cfr. anche CENTOFANTI, *Prime applicazioni in sede penitenziaria della legge ex Cirielli: spunti ricostruttivi*, in *Giur. merito* 9/2006, 1982; CIAMPI, *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 243 ss



L'innalzamento della soglia necessaria per essere ammessi a fruire dei permessi-premio, come riservata ai recidivi reiterati, è davvero consistente. Se un tentativo di giustificazione di cotanto rigore è stato rinvenuto nell'allarme sociale conseguente ad eclatanti casi di mancati rientri, si deve per vero riconoscere come tali accadimenti siano rari, e possano comunque riguardare anche i condannati per gravissimi delitti che non siano recidivi.

**La detenzione domiciliare:** L'istituto della detenzione domiciliare è stato rettificato in due direzioni: da un lato, è stato modificato l'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario, inserendo, prima del comma 1, un comma 01, che ha introdotto una nuova forma di detenzione domiciliare per i condannati di età superiore a 70 anni, qualunque sia l'entità della pena inflitta o della pena residua da espiare, a condizione che, per quanto qui interessa, il soggetto non sia mai stato condannato con l'aggravante della recidiva (oltre che riconosciuto colpevole di alcuni gravi delitti *ivi* elencati), che è ostativa anche qualora non sia stata dichiarata con la sentenza della cui esecuzione si tratta, ed in qualsiasi forma essa si presenti (non solo quella reiterata).

Dall'altro lato, il limite di pena che il recidivo reiterato può espiare in detenzione domiciliare per motivi di studio, famiglia o salute è stato ridotto da quattro a tre anni (comma 3 dell'art. 7 della legge 251/2005 che ha introdotto, nell'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario, un nuovo comma 1.1).

Al recidivo reiterato, inoltre, non può essere concessa la detenzione domiciliare generica (pena non superiore ad anni due, anche residua, qualora non ricorrano le condizioni per l'affidamento in prova al servizio sociale e la misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidivanza) (comma 4 dell'art. 7 della legge n. 251/2005, che ha modificato l'art. 47 ter, comma 1- bis). Sotto tale aspetto, il recidivo reiterato risulta invero equiparato al condannato per delitto ricompreso nella lista dei gravi delitti di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario.

**La semilibertà per i recidivi reiterati:** Il comma 5 dell'art. 7 ha introdotto il nuovo art. 50-bis, il quale, in caso di applicazione della recidiva reiterata, eleva il limite per essere ammessi al regime di semilibertà, alla previa espiazione dei due terzi della

pena; i tre quarti di essa se la condanna è relativa a reato rientrante nella lista dell'art. 4-bis comma 1 dell'ordinamento penitenziario.

**La disciplina di cui all'art. 58-quater ord. pen.:** Il nuovo comma 7-bis dell'art. 58-quater ord. pen. stabilisce infine che: *"l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del Codice penale"*. Di tale disposizione sono state date due distinte interpretazioni, discutendosi se tale divieto debba essere interpretato come riferentesi all'intera vita del condannato, ovvero ad ogni singola condanna, distinguendosi ulteriormente tra l'eventualità di concedere una sola misura delle tre citate *in toto*, ovvero la possibilità di applicare per una sola volta, nell'arco della espiazione della pena di cui si tratta, una misura dello stesso tipo (salva la possibilità di applicarne una diversa) . Occorre dunque stabilire se, in tale disegno, il legislatore abbia inteso colorare di significato il recidivo in quanto tale, ovvero la singola pena, oppure la sentenza in esecuzione, con conseguenze dense di implicazioni sulla stessa sorte della legge Gozzini. Sicuramente la norma è stata formulata male e con scarsa attenzione per le rilevanti conseguenze applicative destinate a prodursi: si osserva infatti che la tecnica normativa utilizzata non pare soffrire distinzioni, e pertanto non appare idonea a discernere, ad esempio, tra recidiva intervenuta dopo la concessione del beneficio e semplice successione, a carico di un soggetto recidivo, di più titoli esecutivi riferentisi a reati commessi in epoca precedente alla concessione della misura alternativa. La soluzione draconiana di precludere la concessione di una seconda misura alternativa per l'intera vita del soggetto, pur essendo probabilmente la più conforme alle reali intenzioni del legislatore storico, rappresenterebbe nondimeno, a causa del suo eccessivo rigore, una palese violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità ex art. 3 Cost.,

nonché del principio di rieducazione sancito dall'art. 27 Cost.<sup>93</sup> Secondo un'interpretazione letterale, parrebbe invero desumersi che colui, il quale sia stato condannato con l'aggravante della recidiva reiterata, potrà fruire di un solo affidamento, di una sola detenzione domiciliare, di una sola semilibertà<sup>94</sup>. Ma anche

---

<sup>93</sup>Per una efficace disamina della problematica, cfr. MARCHESELLI, *Permessi premio*, cit., p. 79 ss., e PALUMBO, *La ex Cirielli in pillole*, cit., p. 71 ss.

<sup>94</sup>Per quanto concerne il regime transitorio delle modifiche in ambito penitenziario, le numerose critiche alla gravità delle introdotte previsioni si sono presto tradotte in questioni di costituzionalità. A mente della ricorrente e consolidata distinzione delle norme in "sostanziali" e "processuali", se la norma da applicare viene ritenuta del primo tipo, si conclude per l'irretroattività delle norme sfavorevoli e per la retroattività di quelle favorevoli; se, al contrario, viene considerata di tipo processuale, si conclude per la regola del "*tempus regit actum*". Da una parte, vi è una sentenza di condanna alla quale è necessario dare esecuzione; dall'altra, vi sono le norme penitenziarie che stabiliscono con quali modalità l'espiazione deve avvenire. La recidiva, costituendo l'effetto penale di una condanna, rientra certamente nel diritto penale sostanziale. Per la disciplina del regime penitenziario, invece, si ritiene in vigore quello esistente al momento in cui i benefici e le misure alternative vengono applicate, sia per quanto concerne i miglioramenti che le restrizioni previste. La vigenza del principio del *tempus regit actum* in tale settore è peraltro confermato da costante giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., sez. I, n. 433 del 19.04.1997, in *rv* 207344 Cass.; Cass., sez. I, n. 20035 del 13.06.2006, in *rv* 196208. Si registra da ultimo, la sentenza della prima sezione penale della Cassazione, 11 luglio 2006 n. 25113/2006 avente proprio ad oggetto il "*regime transitorio della ex-Cirielli*", la quale ha stabilito che per le norme in materia di esecuzione della pena e di misure alternative vale il principio "*tempus regit actum*". Varie pronunce della Corte Costituzionale, pur avvalorando l'operatività di detto principio, impongono tuttavia, in ossequio al principio della finalità rieducativa della pena, secondo il dettato dell'art. 27 Cost., di fare salvo il diritto al mantenimento del beneficio già acquisito o in corso di applicazione, in assenza di condotte colpevoli del condannato. I percorsi rieducativi e riabilitativi già intrapresi devono, di conseguenza, continuare e non possono essere interrotti, salvo che per fatto addebitabile allo stesso condannato. Occorre registrare sul punto l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 257, depositata il 4 luglio 2006, ha dichiarato incostituzionale l'art 30-*quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario), introdotto dall'art. 7 della n. 251/2005, nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del permesso-premio potesse essere concesso, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore delle nuove disposizioni, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto. La Consulta ha ribadito quindi che, tra le finalità assegnate dalla Costituzione alla pena- nelle quali si riconducono sia quella general-preventiva e di difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, sia quella special preventiva e di rieducazione, che tendenzialmente comporta una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta, che valga una volta per tutte ed in ogni condizione, riconoscendo quindi che il sopravvenire di un divieto di accesso a misure favorevoli per chi si trovasse nelle condizioni di accedervi, equivarrebbe ad un ingiusto regresso nel trattamento e negli interventi di rieducazione, costituendo una violazione del principio della finalità rieducativa della pena. Può, conclusivamente, affermarsi che le norme penitenziarie restrittive si applicano anche a condanne pronunciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 251/2005, fatti salvi i diritti acquisiti. Per un commento, vd. PAVARINI, *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *Dir e Giust*, n. 29/2006, p. 44 ss. La successiva sentenza di C. Cost. n. 79 del 16 marzo del 2007 ha inoltre dichiarato incostituzionale l'art. 58-*quater*, commi 1 e 7-bis della legge 26 luglio

accogliendo la lata interpretazione datane dalla Cassazione<sup>95</sup>, sussisterebbero nondimeno numerosi profili di incostituzionalità rispetto al canone di ragionevolezza, anche in virtù dell'ulteriore considerazione per la quale tale regime troverebbe applicazione con riferimento agli autori di qualsiasi reato, e non ad una selezione di reati di particolare gravità:<<in altri termini, mafiosi e criminali bagatellari saranno posti sullo stesso piano dinanzi alle opportunità trattamentali ed educative>><sup>96</sup>.

## **5. Contestazione, dichiarazione ed effetti della recidiva. Conseguenze in ordine alla classificazione ed alla definizione dell'istituto. (un bilancio provvisorio..)**

Veniamo ora alle obiezioni che sono state sollevate in ordine alla attuale configurazione della recidiva: in particolare, sono state evidenziate da varia dottrina alcune discrasie come fornite soluzioni derogatorie, rispetto alla disciplina applicabile ordinariamente alle circostanze, in tema di obbligo di contestazione, da un lato, e di effetti in ordine al mutamento di procedibilità del reato, dall'altro<sup>97</sup>.

La soluzione di ambedue le questioni, di natura squisitamente processuale, benché più appropriatamente di competenza legislativa, è stata rinvenuta a livello giurisprudenziale, attraverso una interpretazione sistematica la quale, pur patendo l'inconveniente di una non linearità rispetto alla comune disciplina delle circostanze,

---

1975 n. 354 nella formulazione introdotta dalla legge n. 251/2005, ed ha sancito l'inapplicabilità delle preclusioni, previste in materia di benefici penitenziari e di misure alternative, ai condannati che, alla data di entrata in vigore della legge n. 251, che tali limiti ha posto, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti: anche in detta pronuncia si afferma infatti che il legislatore non potrebbe, con valutazioni di ordine generale ed a carattere preventivo, determinare un ingiusto regresso del trattamento rieducativo. Su tale pronuncia, *vd.* i commenti di FIORENTIN, *Torna alla discrezionalità del giudice la verifica sul grado di rieducazione*, in *Giuda al dir.*, n. 14/2007, p. 61 ss; DEGL'INNOCENTI-FALDI, in *Dir. pen. e proc.*, n. 12/2007, p. 1596 ss. Sulla retroattività delle norme penitenziarie, all'indomani della riforma, *vd.* il comm. di RINALDI, *Così l'ex Cirielli danneggia il condannato. Tempus regit actum: regola confermata*, in *Dir e Giust.*, n. 26/2006, p. 81 ss.

<sup>95</sup> Cass. 22 novembre 2006, in *CED* 235741, la quale ha osservato che la disposizione di cui al comma 7-bis dell'art. 58-quater <<deve essere interpretata nel senso che il divieto non opera nell'ipotesi in cui l'istanza si riferisca ad una misura alternativa diversa da quella in precedenza applicata>>.

<sup>96</sup> FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p.322 ss.

<sup>97</sup> Cfr. ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 93 ss.

ha cercato di tenere in considerazione la fondamentale caratteristica della riconosciuta discrezionalità della recidiva.

Come visto *supra*, *Capitolo Primo*, § 3.3., cui si rinvia, la necessità, in capo alla pubblica accusa, di un obbligo di contestazione della recidiva appare oramai assodata, non solo in omaggio alle imprescindibili esigenze connesse al diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2, Cost., ma specificamente proprio in virtù della asserita natura di circostanza aggravante, come tale soggetta a specifica contestazione, a norma delle ordinarie regole processuali: tuttavia, sulla necessaria specificità dell'addebito circostanziale, da parte del Pubblico Ministero, secondo i tipi ed i gradi della stessa, attesa la sensibile diversità di effetti destinati a prodursi nei vari casi, continuano nondimeno a sussistere difformità giurisprudenziali, che a nostro avviso già *prima facie* dimostrano una anomalia, propria dell'istituto in esame, rispetto alle altre circostanze aggravanti, che non pare ragionevolmente fondata.

Quanto agli effetti della recidiva sul regime di procedibilità, come è noto la questione è sorta in ordine all'art. 640, comma 2 c.p.<sup>98</sup>, il quale sancisce la perseguibilità a querela della truffa <<*salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante*>>. Apparve invero da subito evidente come la ricerca, da parte del giudice, dei presupposti sostanziali della recidiva, come imposta dalla riforma del 1974, mal si conciliava con una influenza della stessa sulla determinazione del regime di procedibilità del delitto *de quo*. Ragioni di rispetto del principio costituzionale di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), nonché esigenze eminentemente pratiche

---

<sup>98</sup>Ci riferiamo alla nota sentenza di Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, Paolini, in *Foro it.*, 1987, II, c. 633 ss. In tale pronuncia, seppure in relazione al problema specifico del regime di procedibilità della truffa aggravata, la Suprema Corte ha ritenuto la recidiva una circostanza *sui generis*, dal momento che la stessa assume rilevanza solo in ordine alla considerazione della misura della pena, non producendo alcun effetto sulla gravità del fatto di reato, al quale resta estranea. Per una approfondita disamina dei diversi aspetti della questione, vd. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., p. 63. Lo stesso A. osserva peraltro come la Suprema Corte finisca per utilizzare proprio quelle argomentazioni dogmatiche proposte da dottrina avversa alla qualificazione circostanziale dell'istituto: vd. MELCHIONDA, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro it.*, 1987, II, c. 633 ss. Vd. anche PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 30.

pretendono infatti che le deroghe al regolare principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, rappresentate dalla possibile perseguibilità a querela, si fondino su dati certi e di immediata riscontrabilità<sup>99</sup>: si farebbero altrimenti discendere effetti potenzialmente pregiudizievoli per il reo (quali appunto la procedibilità d'ufficio rispetto alla perseguibilità a querela) dalla previa contestazione del solo dato formale rappresentato dalla precedente condanna.

La giurisprudenza, in tale precipua occasione, optò dunque per una interpretazione sistematico-correttiva - in senso restrittivo - della locuzione impiegata al comma 2 dell'art. 640 c.p., apparendo soluzione più plausibile, ai fini del rispetto dei sopra citati principi, quella di escludere la recidiva dal novero delle circostanze aggravanti suscettibili di trasformare la procedibilità nel caso *de quo*<sup>100</sup>.

Appare peraltro evidente che, nonostante lo sforzo di ortopedia giuridica in senso costituzionale operata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, le discrasie ed i dubbi sulla effettiva natura di circostanza attribuibile alla recidiva emergano prepotenti anche dalle incongruenze poste da tali aspetti procedurali, difficilmente giustificabili, tanto più se sommati ai rilievi che verremo ad esporre da qui a poco, peraltro sufficienti, anche singolarmente considerati, a suscitare una approfondita e onesta riflessione circa la validità di una impostazione tenacemente assestata sulla qualifica letterale in tali termini.

Da ultimo, un accenno merita anche l'ulteriore aspetto problematico costituito dal controverso requisito della conoscenza o conoscibilità della condanna da parte del recidivo, quale sarebbe richiesto dal regime di imputazione personale delle circostanze aggravanti, ai sensi dell'art. 59 comma 2, c.p.. Ma, attesa la rilevanza di tale questione anche al fine dell'inquadramento circa la natura giuridica dell'istituto,

---

<sup>99</sup> Così ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 95.

<sup>100</sup> Cass., 28 aprile 1983, in *Giust. pen.*, 1983, III, p. 686; Cass., 4 ottobre 1985, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 1386; Cass., Sez. Un., 16 marzo 1987, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 1081; Cass., 19 dicembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 1034; *contra*, Cass., 1 febbraio 1983, in *Giust. Pen.*, 1983, III, p. 692; Cass., 13 novembre 1985, in *Riv. Pen.*, 1986, p. 847.

di cui ci occuperemo appresso, alla *Sezione Seconda*, ci sia consentito rinviarne l'esame in detta sede.

## **SEZIONE SECONDA**

### ***Fondamento e natura giuridica dell'istituto***

**SOMMARIO** 1. Brevi premesse introduttive. 2. Un dibattito mai sopito: breve *excursus* in ordine alle più recenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento e la natura giuridica della recidiva. 3. Le implicazioni sistematiche e le ricadute dogmatico-applicative derivanti dall'accoglimento delle principali opzioni ermeneutiche circa la natura giuridica della recidiva. La problematica esegesi della c.d. “*facoltatività*” della dichiarazione di recidiva. 4. In particolare: l'accoglimento della tesi circostanziale. Alla ricerca di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce del dettato legislativo. Ricognizione delle ricostruzioni di tipo funzionale delle ipotesi circostanziali nel nostro ordinamento: a) funzione commisurativa della cornice edittale in senso stretto. b) funzione individualizzatrice della sanzione. 5. La configurazione della recidiva dopo le modifiche della legge *ex-Cirielli*: profili rilevanti ai fini di una valutazione ponderata della riforma e rilievi costituzionali. Della possibile rilevanza della “rinnovata *facoltatività*” della recidiva reiterata “comune” al fine della individuazione della natura giuridica dell'istituto.

#### **1. Brevi premesse introduttive.**

I mutamenti normativi che, reiteratamente, hanno involto il regime giuridico della recidiva, come illustrato nella precedente analisi, non hanno tuttavia chiarito i dubbi circa la sua natura giuridica ed il suo fondamento.

Nei diversi e pregevoli studi, aventi ad oggetto l'istituto della recidiva, il problema della natura dogmatica dello stesso e della sua giustificazione si trovano spesso accomunati nel medesimo contesto discorsivo ed argomentativo, quasi



costituissero degli aspetti speculari di un unico problema, che si giustificano reciprocamente.

L'intima interconnessione, sussistente tra l'individuazione della corretta qualificazione dogmatica della recidiva e il riconoscimento della *ratio* ad essa sottostante, è sicuramente un dato indiscutibile, e dovrebbe esserlo ancor prima nella dimensione del *dover essere*: pare nondimeno opportuno affrontare distintamente i due problemi, per vari ordini di motivi:

a) prima di tutto, perché non sempre ad un fondamento, asserito come proprio di un istituto, il nostro legislatore fa discendere una collocazione sistematica ad esso conforme. Sarebbe quindi autoreferenziale dedurre la natura giuridica ovvero il suo fondamento *sostanziale* esclusivamente dal dato testuale, seppure da esso è necessario partire. Non si capisce, altrimenti opinando, come da una medesima collocazione di teoria generale del reato si siano fatte discendere uguali ed opposte ricostruzioni in termini di ragione giustificativa dell'istituto: forte sarebbe la tentazione di vedere in ciò una copertura *a posteriori* di una scelta non compiutamente autosufficiente nei suoi presupposti dogmatici;

b) in secondo luogo, poiché, proprio partendo da una critica della ricostruzione dottrinale dell'istituto, si possono trarre indicazioni per una corretta collocazione dello stesso, in conformità a evidenti e concreti scopi di politica penale e criminale.

Preme rilevare come, limitandoci per ora ad una ricognizione dell'esistente dibattito dottrinale circa la natura dogmatica assegnabile alla recidiva, alla luce della sua attuale configurazione, tale argomento andrà completato in virtù delle ricostruzioni circa il suo fondamento, che affronteremo *funditus* nel capitolo seguente.

## 2. Un dibattito mai sopito: breve *excursus* in ordine alle più recenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento e la natura giuridica della recidiva.

Sulla natura giuridica della recidiva si registrano da sempre contrasti interpretativi nella dottrina. Si sono nel tempo profilate due teorie:

la prevalente dottrina, argomentando dal comma 2 dell'art. 70 c.p.<sup>101</sup>, in ciò confortata dalla giurisprudenza maggioritaria, propende per la ricostruzione in termini circostanziali della recidiva<sup>102</sup>, intendendola precisamente come circostanza inerente alla persona del colpevole<sup>103</sup>;

altra importante dottrina, seppur minoritaria, facendo leva su altro inequivoco dato testuale, costituito dalla collocazione codicistica della fattispecie nel titolo IV del libro I c.p., dedicato al reo ed alla persona offesa dal reato, e non nel titolo III intitolato <<del reato>>, in cui viene propriamente disciplinato l'istituto delle circostanze, parla invece di uno *status* soggettivo del reo<sup>104</sup>, ovvero di una

---

<sup>101</sup>Diffusamente, CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 149; DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 127; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 747; MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 650; MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., p. 858; SERIANNI, *Recidiva*, cit., p. 370; MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *NssDi*, XIII, 1966, p. 686; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 475; RICCIO, *Abitualità e professionalità del reato*, in *NssDi*, I, 1957, p.1053; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 92; ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. Pen.*, 1968, p. 237.

<sup>102</sup>Tra le altre, *cfr.* Cass., 27.2.1996, Caccavallo, in *Cass. Pen.*, 1997, II, p. 2075.; Cass., 5.3.1986, Pisanu, in *Riv. Pen.*, 1987, p. 187; Cass., 8.6.1984, DI PASQUALE, in *Giust. Pen.*, 1985, II, p. 458; nel senso di aggravante *sui generis*, Cass., Sez. Un., 31.1.1987, Paolini, cit., con nota MELCHIONDA.

<sup>103</sup>*Vd.* p.e. Cass., 27.2.1996, Caccavallo, cit. Nel senso di aggravante *sui generis*, *vd.* Cass., Sez. Un., 31.1.1987, Paolini, cit.

<sup>104</sup>ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2005, p. 437; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 577; DELL'ANDRO, *La recidiva*, cit., p. 78; LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., p. 248; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 72; MANTOVANI, *Diritto penale*, 3 ed. Padova, 1992, p. 666; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1947, p. 336; PISAPIA, *Riflessioni in*

qualificazione o condizione personale del soggetto<sup>105</sup> derivante dall'aver subito una precedente condanna. Secondo i fautori di detto inquadramento, inoltre, la recidiva, in quanto condizione personale derivante dal presupposto oggettivo della sussistenza di una condanna per un precedente fatto-reato, non potrebbe verosimilmente incidere sul nuovo episodio delittuoso, ma solo sul *quantum* di pena, in modo analogo a quanto avviene per gli indici *ex art. 133 c.p.*<sup>106</sup>.

A seguito delle modifiche introdotte dalla riforma del 1974, detta opzione ermeneutica veniva avvalorata dalla introduzione del regime di facoltatività della

---

tema di recidiva, in *Ridpp*, 1961, p. 974; perpl. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Bologna, 2001, p. 413. Vd. anche STELLA, *L'art. 169 Tuls è depenalizzato*, in *Rass. Dir. farm.*, 1988, p. 327.

<sup>105</sup>PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1975, p. 208; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 666.

<sup>106</sup>BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, p. 521. Alcuni A. evidenziano una discrasia nell'attribuire lo status di recidivo nel caso in cui un soggetto, già condannato, riporti un'altra condanna: cfr. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2007, p. 4131 ss, la quale rileva come lo status sia propriamente una condizione giuridica attribuita dall'ordinamento ad un soggetto che rivesta una determinata posizione in relazione ad altri soggetti o alla comunità. In tal senso, il concetto di recidiva è un *concetto normativo*, che, a seconda del fondamento che un determinato ordinamento voglia attribuirgli, può voler esprimere, in senso retrospettivo, una maggiore *colpevolezza* (intesa in senso normativo come rimproverabilità), oppure, in senso prognostico, una maggiore *pericolosità*, intesa come accentuata *"capacità a delinquere"*. Alla luce di dette considerazioni si ritiene di poter fondatamente considerare sotteso alla recidiva un *giudizio normativo di valore*, cui vengono riconnesse determinate conseguenze sanzionatorie, per l'attuazione di diverse finalità politico-criminali, coincidenti – o che, aggiungiamo, dovrebbero coincidere - con le stesse finalità che si attribuiscono alla pena. Cfr. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 290, citato da ROCCHI, *op. ult. loc. cit.*, per cui <<E' certo, intanto, che un uso corretto e controllabile della discrezionalità nella irrogazione degli aumenti di pena per la recidiva presupporrebbe accertata, oggi, la funzione della pena (...), il che certamente non è, così in dottrina come ancor più, nella prassi. Proprio per queste ragioni (...) la nuova disciplina della recidiva non sembra proporre problemi di politica della pena (e di arbitrio giudiziario) diversi da quelli tradizionali>>. Tale impostazione ritiene che <<è lo stesso legislatore che effettua a monte tale giudizio di valore e attribuisce lo status di recidivo a determinati soggetti, che presentino determinate condizioni: commissione di determinati delitti (specificità della recidiva), spazio temporale circoscritto entro il quale avviene la "ricaduta" (temporaneità della recidiva). In tal caso, generalmente, il giudice non avrà alcuna discrezionalità nel riconoscere lo status di recidivo, che viene perciò predeterminato ex lege. Quando, invece, come è avvenuto nel nostro ordinamento in seguito alla riforma del 1974, e tuttora per le ipotesi di recidiva "comune", si regola la disciplina della recidiva rendendola "facoltativa", significa che l'ordinamento ha delegato al giudice questo giudizio normativo di valore, al fine di valutare la sussistenza della meritevolezza dell'attribuzione di tale status in concreto>> .

recidiva<sup>107</sup>, apparendo assimilabile, in tale aspetto discrezionale, agli elementi di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.; ulteriore riprova veniva vieppiù rinvenuta anche nel regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti, sancita dal comma 2 dell'art. 59 c.p., come riformato a seguito della legge n. 19 del 1990. Il criterio di conoscenza o conoscibilità, sancito per l'imputazione delle circostanze aggravanti, sembrava infatti mal conciliarsi con l'istituto della recidiva, che si sostanzia in uno *status* che esiste o non esiste, e che quindi non può dirsi 'conosciuto' o 'conoscibile'<sup>108</sup>.

Nonostante tali rilievi critici, la dottrina maggioritaria ha continuato a considerare la recidiva come una *circostanza a tutti gli effetti*<sup>109</sup>, replicando a tali contestazioni allegando, in primo luogo, il chiaro argomento formale costituito dalla lettera dell'art. 70 c.p., che chiaramente definisce la recidiva come <<circostanza inerente alla persona del colpevole>>; asserendo, in secondo luogo, che la qualificazione circostanziale risulterebbe comprovata ad opera dell'inclusione della stessa nel giudizio di comparazione ex art. 69 co. 4 c.p. a seguito della riforma del 1974. Detta corrente esegetica adduce inoltre l'esistenza

---

<sup>107</sup> GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11 aprile 1974, n. 99*, in *Studi Senesi*, 1978, p. 50; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 336.

<sup>108</sup> Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 640, riconosce che la recidiva si fonda <<anche su presupposti sostanziali, che prescindono dalla conoscenza o conoscibilità che se ne possa avere>>, cui si aggiunge il controsenso per cui, considerandola come circostanza, non si capirebbe come possa concorrere con le circostanze se su queste ultime il giudice deve basarsi ex art. 133 c.p., proprio al fine di decidere circa la sussistenza della recidiva, e l'anomalia della sua inidoneità ad incidere sul regime di procedibilità del reato (su cui *supra*, Sez. I, § 5).

<sup>109</sup> Così DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 127; AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 69; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, p. 101; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 747; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. parte generale*, 2° ed., Milano, 2006, pp. 454 e 456; PADOVANI, *Diritto penale*, 6° ed. Milano, 2002, p. 247; RAMACCI, *Corso di diritto penale, II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, 1993, p. 171, il quale ritiene peraltro che sia una <<circostanza che attiene alla maggiore capacità a delinquere del reo>>; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico al Codice penale*, II, 2005, cit., 2005, p. 92. In posizione dubitativa, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 413. In giur. vd., ad es.: Cass., Sez. V, 5 marzo 1999, *Albanese*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1261; Cass., Sez. VI, 1 febbraio 1983, *Pivari*, in *Giust. Pen.*, 1983, c. 7723, m. 785.

di altre circostanze riferibili ad uno *status* personale del soggetto (per es. gli artt. 61 n. 6 e 688 co. 3 c.p.)<sup>110</sup>, mentre, con precipuo riferimento alla facoltatività dell'aumento di pena, esclude l'asserita incompatibilità in termini assoluti con una natura circostanziale aggravatrice, sussistendo, da un lato, l'ipotesi paradigmatica dell'art. 62 *bis*<sup>111</sup>, - anche se in tal caso - occorre precisare - ricorre un effetto attenuante - e gli artt. 114 e 117<sup>112</sup>, e dall'altro trovando tale natura plausibile avvallo e giustificazione nella <<*funzione di indicazione legale del disvalore complessivo del fatto*>><sup>113</sup>. Non sarebbe inoltre scontato, per tali opinioni, la inapplicabilità alla recidiva del criterio ascrittivo della conoscenza o conoscibilità *ex art. 59 comma 2 c.p.*<sup>114</sup>, a mente del quale la natura circostanziale, lungi dall'essere smentita, sarebbe stata di converso avvalorata.

Aderendo alla prevalente ricostruzione della recidiva come circostanza aggravante, deriva peraltro la giustificazione di importanti conseguenze sia sostanziali (applicabilità degli artt. 59 co. 2 e 69 c.p.) che processuali (per es. in relazione alla contestazione, su cui *supra*, Sez. I, § 3 ; *cfr.* anche gli artt. 423, 517 e 520 c.p.p.).

Ad oggi, a seguito della legge n. 251 del 2005, che ha lasciato inalterata la precedente collocazione sistematica e la qualificazione formale della recidiva in termini di circostanza aggravante, sempre più arduo pare sostenere altro rispetto alla maggioritaria dottrina. Rimangono peraltro invariati anche i dubbi preesistenti, sebbene la riforma, introducendo limitate ipotesi di recidiva obbligatoria e ponendo un freno alla considerazione della stessa nel giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, pare avere seguito la strada inversa a quella percorsa dal legislatore del 1974, andando incontro alle obiezioni sollevate a seguito del

---

<sup>110</sup>MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 94, e SERIANNI, *Recidiva*, cit., p. 370.

<sup>111</sup>DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 109; MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Ridpp*, 1987, p. 76.

<sup>112</sup>Così SERIANNI, *op. cit.*, p. 372.

<sup>113</sup>ROMANO in ROMANO- GRASSO, *Commentario*, II, 2005, cit., p. 92

<sup>114</sup>*Cfr.* MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione della circostanze del reato*, in *Ridpp*, 1990, p. 1468, spec. nota 94.

regime da essa introdotto. Tuttavia appare evidente che si tratti di una soluzione di compromesso rispetto a tali interventi polemici, e foriera di dubbi di disparità trattamentale o di illogicità, qualora si cerchi di rinvenire una *ratio* sottesa a tale intervento che sia conforme ai principi costituzionali o di una politica criminale empiricamente fondata. Ma di questo tratteremo più ampiamente oltre.

In generale, si può peraltro osservare come la stessa congerie di interventi legislativi di mera novellazione, stratificatisi negli anni, se da un lato hanno contribuito ad accentuarne gli aspetti innegabilmente problematici, non hanno dall'altro raggiunto il risultato che era lecito attendersi, soprattutto in considerazione dell'effetto di emersione delle ambiguità sortito dalle opinioni dottrinali e giurisprudenziali nel frattempo germogliate, ossia quello di connotare l'istituto della recidiva, di precisi contenuti e, soprattutto, di coerenti scopi di politica criminale.

Invece nulla sembra essere cambiato, qualunque caratteristica essa abbia assunto e quali che siano gli effetti che ne siano stati fatti discendere nel corso degli anni. Il legislatore italiano pare infatti restio ad abbandonare tale istituto, pur non avendo la volontà di ben definirlo nelle sue linee e nelle sue finalità.

### **3. Le implicazioni sistematiche e le ricadute dogmatico-applicative derivanti dall'accoglimento delle principali opzioni ermeneutiche circa la natura giuridica della recidiva. La problematica esegesi della c.d. “*facoltatività*” della dichiarazione di recidiva.**

Riassumendo quanto ampiamente trattato *supra*, un serio approccio dogmatico, teso alla ricostruzione della natura giuridica dell'istituto, porta inevitabilmente l'interprete a fare i conti con un dato normativo incontestabile ed inequivoco, ossia la qualificazione espressa in termini di circostanza aggravante, sebbene particolarmente qualificata in termini di *inerenza alla persona* del colpevole, di cui all'art. 70 c.p., ed al regime circostanziale la recidiva effettivamente

appartiene, a livello di definizione e di disciplina, comportando l'effetto tipico delle circostanze di aggravamento sanzionatorio.

L'esame del dato letterale e sistematico rivela, peraltro, un altrettanto evidente inserimento nel capitolo dedicato alla teoria del reo, invece che in quella, dove trovano asilo la maggior parte delle figure circostanziali generali, avente ad oggetto la teoria del reato. Scelta quest'ultima sicuramente consona ad una assimilazione della recidiva all'istituto della capacità criminale del soggetto, dimostrando da subito il filo doppio che lega la medesima al tema del suo precipuo fondamento, ma allo stesso tempo contraddittoria rispetto a tale impostazione, attesa la non catalogazione a fianco delle altre figure codicistiche di pericolosità quali l'abitualità, la tendenza a delinquere e la professionalità (che fino alla riforma del 1986 davano vita a vere e proprie presunzioni di pericolosità).

Tale collocazione ha, infatti, fin da subito suscitato perplessità tra gli interpreti, che immediatamente si interrogarono circa la scelta legislativa di non ricondurre anche la recidiva sotto l'ombrello dogmatico delle forme qualificate di pericolosità, comportanti l'applicazione di una misura di sicurezza, rappresentando la stessa incontestabilmente una ipotesi qualificata di capacità criminale<sup>115</sup>. Come vedremo oltre (*cfr. Capitolo Secondo*), fino alla riforma del 1974, la proteiformità dell'istituto rinveniva la sua genesi nel tentativo di contemperare gli insegnamenti della Scuola Classica, con le sue idee

---

<sup>115</sup>Pur riconoscendo l'indubbia comune matrice criminologica, ritiene precario sul piano dogmatico il raggruppamento della recidiva e delle forme qualificate di pericolosità sociale ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 85-86, laddove l'A., sebbene consideri ricondurre la recidiva, nell'ambito della colpevolezza per il fatto, <<di per sé ancora possibile a date condizioni>>, esclude analoga soluzione relativamente alle dichiarazioni di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere. Ciò sarebbe vieppiù dimostrato a suo avviso dalla differenza qualitativa degli effetti ad essa discendenti e dalla collocazione della recidiva tra le circostanze del reato, escludendo tale possibilità di converso per le dichiarazioni di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere. Considera nondimeno poco plausibile l'opzione legislativa di dare eccessivo spazio all'autore del reato, <<a scapito del fatto di reato e della sua doverosa centralità in un diritto penale moderno, secondo un'istanza oggi ribadita anche dalla nostra Costituzione>>

retribuzionistiche, con le istanze emergenti del Positivismo Giuridico, valorizzanti di converso le finalità preventive della pena. E mentre per i retribuzionisti solo la gravità del fatto di reato avrebbe potuto legittimamente riflettersi sulla determinazione della pena, per i positivisti al contrario avrebbe dovuto essere la considerazione esclusiva della personalità del reo a condizionarne gli esiti<sup>116</sup>.

Nella conformazione assunta dall'istituto nel Codice Rocco pareva, invero, valorizzarsi la natura sintomatologica del reato, pur attingendo dai postulati della scuola Classica quell'esigenza di certezza e di legalità, compendiate nella garanzia di uguale trattamento dei recidivi, che si esprimeva *sub specie* nella previsione di un rigido regime obbligatorio, in quanto tale tuttavia confliggente con una vera e propria valorizzazione della personalità in chiave positivista. Una costruzione della recidiva coerente con una impostazione rigidamente classico-garantista avrebbe portato a privilegiarne i caratteri di obbligatorietà, specificità e temporaneità<sup>117</sup>, mentre, di converso, una sua connotazione più aderente ai postulati positivistico-criminologici ne avrebbe esaltato i caratteri di facoltatività, genericità e perpetuità. Si vede dunque come la forma originaria di recidiva accolta dalla legislazione del 1930 risultasse un ibrido delle due sopraesposte concezioni<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup>Dalla considerazione dell'azione del recidivo come espressiva di un'indole particolarmente malvagia e proclive al delitto, in quanto insensibile alla sanzione criminale pregressa e indice di maggiore capacità criminale, derivavano le sentenze che legittimavano <<il diniego delle attenuanti generiche motivate con lo "status" di recidivo infraquinquennale dell'imputato, ritenuto indice di un'effettiva capacità a delinquere e di vera pericolosità sociale>>: così, Cass., 30 novembre 2000, in CED 217918. Nella dottrina, notava ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 15° ed. a Conti, 2000, p. 661 che <<il recidivo può essere punito di più perché palesa una notevole inclinazione al delitto: perché il suo comportamento autorizza il timore di ulteriori reati nell'avvenire>>.

<sup>117</sup>Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 665.

<sup>118</sup>Una decisa virata verso una più profonda e preminente considerazione delle componenti retrospettive della recidiva, e quindi della colpevolezza quale manifestatasi nel nuovo episodio criminoso, pare secondo alcuna dottrina doversi identificare nella novella del 1974, soprattutto là dove effettua la radicale trasformazione dell'istituto in chiave di generalizzata facoltatività: così ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario Sistematico*, II, 2005, cit., p. 91. *Contra* ANTOLISEI, *Manuale*, 2000, cit., p. 661. Si ricordi inoltre che per CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., p. 129 ss., <<i>precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò



A parere di chi scrive, opportuno sarebbe invece un superamento delle tesi che ravvisano nella *ratio* dell'istituto esigenze ad un tempo preventive e repressive: se è vero che oramai appare quasi accettata, da parte del Giudice delle leggi, l'esistenza di un carattere “*polidimensionale*” della pena, è pur vero che una finalità preminente deve pur sempre ad essa riconoscersi, come guida e canone interpretativo delle altre, da intendersi al più come ancelle<sup>119</sup>. Ma rimandiamo ad altra sede per tale approfondimento (*vd. infra, Capitolo Secondo*).

Siamo invece dell'idea che tale ambiguità strutturale (quanto alla collocazione rispetto alle altre circostanze in senso proprio) rifletta quella più propriamente sostanziale che affligge l'istituto (quanto alla sua stessa essenza), accompagnata da una (forse non involontaria) carente o insufficiente riflessione sulla stessa, quanto meno ai fini di un tentativo non di giustificazione dell'esistente, opera che sicuramente appare più agevole, al pari di ogni “aggiustamento” fatto a posteriori, attenuando disarmonie non altrimenti eliminabili, ma di una riformulazione o rifondazione in termini coerenti con una precisa scelta di campo, che evidentemente si stenta ad effettuare.

Come già anticipato, proprio sulla collocazione dell'istituto nel titolo dedicato al reo, non in quello deputato all'analisi del reato fa leva dottrina opposta a quella

---

*il suo debito verso la società, non aumentano la gravità del delitto successivo>>: per cui l'aumento della pena per il recidivo troverebbe razionale giustificazione <<non in un aumento di quantità del delitto; ma soltanto nella dimostrata insufficienza relativa della pena ordinaria>>. L'illustre A. annoverava quindi la recidiva fra le cause di aumento della pena.*

<sup>119</sup>PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307 già ai tempi auspicava una scelta a proposito della <<*alternativa tra un'interpretazione di orientamento retrospettivo e retribuzionistico e un'altra in chiave di prognosi e prevenzione speciale*>>. Come tratteremo ampiamente *infra*, nel Capitolo Secondo, la recidiva può definirsi come manifestazione di una capacità criminale particolarmente elevata, qualificata dalla persistente volontà delinquenziale, ma nello stesso rappresentativa di una spiccata attitudine alla commissione di reati futuri. Si parla a proposito di fondamento bidimensionale della recidiva, concorrendo da una parte a connotare la colpevolezza per il nuovo fatto in termini retributivo-retrospettivi, e dall'altro a fondare una prognosi di capacità criminale in dimensione prognostico-preventiva. Sul punto, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 636.; BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Ridpp*, 2-3/2007, p. 1123. Per la ricostruzione della recidiva quale esclusivo indice di capacità criminale *vd.* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 658 ss.; per l'opposta ricostruzione in chiave retributiva, come indice di una più intensa colpevolezza, per tutti AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 9 ss.

propensa a riconoscerne la natura di circostanza, per affermare che ciò sarebbe indice di una considerazione della recidiva come *status* soggettivo, derivante da una condizione personale, configurante quindi una forma specifica di pericolosità, accanto a quelle della abitualità criminosa, della professionalità e della tendenza a delinquere: affermazione suffragata dalla particolare disciplina ad essa riservata, in termini di discrezionalità o facoltatività, che mal si concilierebbe con il regime applicativo ordinario deputato agli istituti circostanziali, e tale da assimilarla agli indici di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*<sup>120</sup>

Contro tali considerazioni si è opinato che, al contrario delle forme qualificate di pericolosità sociale sopra enunciate, la recidiva non comporterebbe l'applicazione di una misura di sicurezza, ciò dimostrando che, pur avendo in comune con esse il substrato naturalistico della reiterazione criminosa, una equiparazione di dette fattispecie non sarebbe comunque legittima: ancora una volta è di ostacolo la voce del legislatore, seppur comportante ambiguità interpretative di non poco conto<sup>121</sup>. È stato inoltre obiettato che l'argomento sistematico di cui sopra non svolgerebbe un ruolo decisivo ai fini della

---

<sup>120</sup>Vd. da ultimo, MANTOVANI, *Diritto penale*, 2007, cit., p. 640. La giurisprudenza, anch'essa richiamando l'art. 133 c.p., ha tratto spunto dalla facoltatività della recidiva per ritenere invece operante <<il principio secondo cui il rilievo negativo della recidiva, come indicativa di maggior capacità a delinquere, non è presunto dalla legge, ma va accertato caso per caso dal giudice; si tratta, al riguardo, di verificare, in relazione a ciascuna fattispecie concreta, e soprattutto sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 del Codice penale, se la reiterazione del reato, da parte di chi ha già subito condanna, esprima o non una criminalità più accentuata; a tal fine il giudice deve portare il suo esame sul rapporto esistente tra la condanna o le condanne precedenti per accertare se ed in quale misura la precedente condotta criminosa, per cui vi è stata condanna, sia indicativa di una persistenza di stimoli criminogeni e, quindi, di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito quale fattore criminogeno per la commissione della nuova condotta delittuosa>>: testualmente, Cass., 31 gennaio 1979, in CED 142451. Prevalente è quindi, nella giurisprudenza di legittimità, un inquadramento retributivo della recidiva, affermandosi più volte che il giudice deve stabilire caso per caso se la recidiva sia espressione non solo di pericolosità, ma anche di <<insensibilità etica>> al monito nascente dalla precedente condanna: *ex plurimis*, Cass. 5 settembre 1974, in CED 130148.

<sup>121</sup>Altro indirizzo si spinge oltre, individuando nella recidiva una qualificazione personale incidente peraltro sulla colpevolezza, e comportante addirittura una forma autonoma di colpevolezza stessa. Per approfondimenti, si rinvia a MARTINA, *Recidiva*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.

qualificazione giuridica della recidiva, essendo presenti nello stesso titolo, dedicato al reo, altre figure circostanziali.

Alla tesi favorevole alla natura circostanziale rimarrebbe quindi da <<giustificare non tanto la riconducibilità della recidiva alle circostanze in senso tecnico, riconducibilità che si giustificerebbe alla stregua dello stesso ordinamento, quanto piuttosto da spiegare le deroghe alla generale disciplina delle circostanze che l'ordinamento riserva al recidivismo>>, con particolare attenzione al regime di facoltatività introdotto nel 1974<sup>122</sup>.

Più articolate si palesano le obiezioni circa la significatività di tale scelta, in considerazione del suo carattere discrezionale.

Abbiamo visto, infatti, come i dubbi sulla collocazione e la ricostruzione teorica dell'istituto in termini di circostanza, abbiano ricevuto nuova enfasi a seguito della riforma del 1974: mentre infatti l'originaria disciplina codicistica riservava ad essa una caratteristica di obbligatorietà, che è propria di molte delle figure circostanziali nel nostro ordinamento, è con l'introduzione del regime di facoltatività che gli studiosi che avversavano tale sistemazione hanno riscontrato ulteriori incongruenze rispetto a detta ricostruzione.

Del resto, pur a fronte di una così penetrante riforma, la stessa Cassazione non ritenne tuttavia necessario prendere posizione né in ordine al fondamento<sup>123</sup> né in merito alla natura giuridica della recidiva<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup>Cfr. BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento*, cit., p. 1128.

<sup>123</sup>Vd. Cass. 21 agosto 1975, Di Giorgio, m. 131754, in cui si afferma che <<per l'esercizio del potere ora concesso al giudice dal nuovo testo dell'art. 98 del Codice penale, non occorre prendere posizione sulla questione se la causa dell'aggravante della recidiva sia ravvisabile nell'aumento della pericolosità criminale dell'agente, oppure nella maggiore gravità del reato successivo ai precedenti>>, importando invece <<rilevare che la nuova norma, accogliendo il principio della recidiva facoltativa, muove dalla premessa che l'esistenza e la quantità del disvalore subiettivo della fattispecie recidivale non possono formare oggetto di presunzioni legali, ma debbano essere lasciate all'accertamento compiuto dal giudice caso per caso>>. Si sono registrate, in breve, pronunce nel senso di una bidimensionalità della recidiva, come espressione di insensibilità etica all'obbligo di non violare la legge così come, ad un tempo, di *attitudine a commettere nuovi reati*. Spetta al giudice accertare l'esistenza in concreto di un *collegamento personologico* tra le diverse manifestazioni criminose: vd. Cass., 22.11.1974, in *Riv. it.*, 1976, p.

Ciononostante, già all'indomani riforma del 1974 la Cassazione ebbe infatti a ribadire apoditticamente ed acriticamente il precedente indirizzo giurisprudenziale, attestandosi pacificamente sull'orientamento che annovera la recidiva tra le circostanze aggravanti in senso tecnico, evidentemente senza porsi alcun quesito se le modifiche degli articoli 69 e 99 c.p. contenessero una convalida della stessa, o potessero racchiudere germi giustificativi di diversa soluzione<sup>125</sup>.

Ciò non ebbe tuttavia a significare una pacificazione dei contrasti. Si afferma infatti, anche se con fatica, opposta posizione, critica verso la prevalente ricostruzione circostanziale della stessa, poiché *<<le circostanze aggravanti possono essere ritenute o non ritenute, ma sempre sul fondamento di una valutazione dei fatti, e una volta ritenute devono obbligatoriamente produrre conseguenze giuridiche sulla pena, salvo gli effetti del giudizio di prevalenza o equivalenza. Qui, invece, vi è una delega di sovranità al giudice di aumentare la pena, qualora ricorrano determinate situazioni soggettive: con evidente analogia con quanto accade ai sensi del secondo comma dell'art. 133, anche se, nel caso della recidiva, il potere discrezionale è decisamente più ampio>>*<sup>126</sup>.

---

303; Cass., 8.1.1976, in *Riv. Pen.*, 1976, p. 648. In argomento, vd. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. It.*, 1976, p. 1399.

<sup>124</sup>Brevemente, la recidiva è stata inserita nella nozione e nella disciplina normativa delle circostanze in senso tecnico: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 92 ss; ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. Pen.*, 1968, I, p. 238. Per altri, invece rappresentava l'indice di una colpevolezza che andando oltre il singolo reato, investe lo stesso genere di vita: così BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1976, p. 481. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, qualifica la recidiva come forma autonoma di colpevolezza, mentre per LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., la stessa sarebbe una mera qualificazione personale del reo, estranea al fatto reato.

<sup>125</sup>Vd. in particolare Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, Cavaccaro, in *Ridpp*, 1976, p. 303 ss; Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, Vianelli, in *Giust. Pen.*, 1975, II, c. 626, m. 664; Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, Ronghini, *ivi*, 1976, II, c. 106, m. 130.

<sup>126</sup>Così NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 313. Osserva MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Ridpp*, 1975, p. 1321 ss., che l'inserimento della recidiva nel giudizio di comparazione previsto dall'art. 69 del Codice penale non sarebbe elemento comunque sufficiente a risolvere la questione della natura giuridica della stessa, pur essendo certo che con tale modifica *<<il legislatore abbia voluto schierarsi a favore dell'inclusione della recidiva tra le circostanze in senso tecnico>>*.

Nonostante tali caute aperture, il corretto significato e la portata da attribuire alla facoltatività, indicata nell'art. 99 c.p. dal verbo <<può>> (essere sottoposto ad un aumento di pena), accertata la ricorrenza nel caso di specie della situazione circostanziante tipica di base (commissione di un delitto dopo la condanna definitiva per latro reato), continua tuttavia a destare le solite perplessità.

Già in precedenza attenta dottrina rilevava come, superato il dogma "classicistico" di un concetto unitario di "*discrezionalità penale*", il fondamento del potere giudiziale avrebbe dovuto essere rinvenuto, indagando la *funzione* assegnata dall'ordinamento a ciascun "*istituto discrezionale*"<sup>127</sup>.

A tal fine, fondamentale è stata l'intuizione, per la quale la generalizzata previsione della facoltatività avrebbe segnato una svolta radicale per la disciplina dell'istituto della recidiva, determinandone il definitivo <<passaggio da una *declaratoria formale* ad una *definizione sostanziale*>><sup>128</sup>.

Spetterebbe dunque al giudice il *potere discrezionale* di valutare, nel caso concreto, gli "elementi di valore" per il riconoscimento di tale *status*.

Per tale corrente esegetica, parlare di *circostanza discrezionale*, non significa attribuire al giudice la *facoltà* di applicare o meno la circostanza realizzatasi, o la variazione di pena, ma denota piuttosto che il <<paradigma normativo è *incompleto*>><sup>129</sup>.

Questo significa che <<il legislatore ha provveduto ad una indicazione solo parziale della fattispecie circostanziante, lasciando poi al giudice – così come accade per le circostanze indefinite – il compito di verificare se esistono in concreto ulteriori elementi significativi che confermino o escludano le ragioni della diversa gravità del reato>><sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice* (dir. proc. Pen.), cit., p. 747.

<sup>128</sup> PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., p. 304.

<sup>129</sup> PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in Dig. D. pen., vol. II, 1988, p. 206.

<sup>130</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 532.

Ciò significherebbe che il giudice non potrà limitarsi al mero riscontro, con funzione quasi notarile, di una precedente condanna riportata sul certificato penale (art. 99, comma 1, c.p.), ma dovrà valutare gli <<*elementi di valore o disvalore che il legislatore si è trovato nell'impossibilità di individuare in astratto, lasciandone la determinazione, in concreto e sulla scorta della "funzione" propria di ogni circostanza, al giudice*>><sup>131</sup>.

E queste sono le conclusioni cui perviene la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nelle sentenze che hanno affrontato tale nodo problematico con riferimento alla “nuova” recidiva reiterata di cui al comma 4 dell’art. 99 c.p., come modificata nel 2005, nel combinato disposto con l’art. 69 c.p. Riteniamo peraltro che la lettura di dette sentenze possa illuminare l’impervio cammino verso una interpretazione della recidiva stessa in termini di circostanza o di *status*, al di là delle considerazioni legate al dato formale della espressa qualifica normativa – che, è opportuno sottolinearlo, al momento attuale è incontrovertibile.

Non è nostra intenzione ripercorrere le tappe del controverso dibattito in questa sede. Occorre solo ribadire, per quanto occorrere possa, che scopo della presente analisi non è quella di individuare quella che poteva pur essere la reale intenzione del legislatore, come tale insindacabile (purchè ragionevolmente fondata), ma di valutarne plausibilità e coerenza razionale, anche in base agli effetti che tale collocazione, se portata alle estreme conseguenze, può evidenziare.

Che si tratti certamente di una circostanza *sui generis* – come del resto anche la Cassazione ha dovuto pur con riluttanza ammettere – è difficile negarlo: così come deve onestamente riconoscersi che l’inclusione nel giudizio comparativo *ex* art. 69 c.p. non sia comunque risolutiva, potendo valere come sottoposizione a disciplina di istituto comunque difforme dalle ipotesi *ivi* per il resto disciplinate.

---

<sup>131</sup>Così BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Ridpp*, 1964, p. 1022, richiamato da PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 206.

Preso atto di tali rilievi ed ancorando la nostra analisi, per il momento, al punto fermo della espressa natura circostanziale della recidiva, si registra come, pur nell'ambito di tale comune impostazione, emergono due diverse tendenze interpretative, circa la portata e l'estensione dell'ambito di operatività dell'art. 99 del codice penale.

La prima evidenziava come nel testo dell'art. 99 c.p., come modificato a seguito della riforma del 1974, *<<il legislatore non ha voluto rendere facoltativa la contestazione della recidiva, che continua, a questo riguardo, ad essere regolata dalla normativa anteriore, ...ma ha inteso soltanto conferire al giudice di merito il potere di non aumentare la pena per effetto della recidiva contestata; non si tratta, cioè, di facoltà di esclusione della recidiva la quale, quindi, continua in conseguenza della contestazione a qualificare più gravemente il reato ad ogni effetto, ma di facoltà di non apportare alla pena da infliggere per il reato commesso l'aumento di pena corrispondente al tipo di recidiva contestata>>*<sup>132</sup>. In altri termini, anche qualora venga escluso l'aumento di pena, la recidiva conserverebbe rilevanza in ordine agli ulteriori effetti da essa prodotti.

Ma in tal modo, la riforma così dirompente del 1974 avrebbe, da un lato, costituito un passo avanti e, dall'altro, avrebbe invece statuito un irrigidimento della previa disciplina dell'art. 100 c.p., abrogato dalla stessa, che concedeva invece al giudice la facoltà di *<<escludere la recidiva>>*<sup>133</sup>. La giurisprudenza di legittimità pare avere preso le mosse dalle considerazioni di quella dottrina<sup>134</sup> che evidenziava come il legislatore del 1974, invece di ampliare e generalizzare l'art. 100 c.p., che veniva invece abrogato, avesse stabilito soltanto il passaggio dal

---

<sup>132</sup>Cfr. Cass 5 settembre 1974, Mele, m. 130148; Cass. 18 dicembre 1974, Milo, m. 129843; Cass. 22 novembre 1974, Cavaccaro, cit.; 22 novembre 1974, Vinelli, m. 129838; 22 novembre 1974, Ronchini, m. 129840.

<sup>133</sup>In tal senso era stata univocamente interpretata dalla giurisprudenza la disposizione dell'art. 100 del Codice penale, e così pure per la dottrina la facoltà di esclusione *<<riguarda la circostanza della recidiva, e non soltanto l'aggravamento per recidiva..., così che essa si estende a tutti gli effetti conseguenti allo stato di recidiva, i quali quindi non possono verificarsi>>*; così MANZINI, *Trattato*, II, cit. p. 677.

<sup>134</sup>PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 303 ss.

preesistente regime obbligatorio a quello facoltativo, riferendolo però unicamente all'effetto dell'aumento di pena.

Tuttavia, a nostro avviso, tale tesi sta e cade sul presupposto dell'accoglimento palese della natura circostanziale della recidiva. L'unica sentenza della Cassazione che da essa si discosta<sup>135</sup>, aderendo all'altro orientamento interpretativo<sup>136</sup>, evidenzia la sostanziale contraddittorietà della tesi circostanziale, affermando che *<<non si vede perché dovrebbe configurarsi soltanto per la recidiva, l'anomala costruzione giuridica di una circostanza aggravante che può non comportare alcun aumento di pena, pur continuando a restare tale, poiché il giudice è sempre obbligato a contestarla e a mantenerla ferma>>*. Si osserva inoltre che *<<emerge con sufficiente evidenza che, con la modifica dell'art. 99 e l'abrogazione dell'art. 100 c.p., si è inteso rendere sempre facoltativa l'aggravante della recidiva, restando questa come semplice fatto storico, qualora il giudice ritenga di escluderla, quale circostanza aggravante. Diversamente opinando, non solo sarebbe, senza ragioni plausibili, ridotta la portata innovatrice della legge 1974 n. 220, ma, almeno nei casi di recidiva facoltativa previsti dal vecchio testo dell'art. 100 c.p., all'imputato verrebbe fatto un trattamento meno favorevole>>*.

Il precedente argomento è a nostro avviso cruciale nel tentare di collocare l'istituto della recidiva. Al di là delle motivazioni di sistema legate alla contingente modifica del 1974, in quanto diversa interpretazione sarebbe in contrasto con il *favor rei* che animava la novella, è significativo constatare l'incompatibilità tra la tesi circostanziale della recidiva e quella giurisprudenziale tendente a limitare la facoltatività al solo aumento di pena. Come efficacemente affermato<sup>137</sup> *<<lo svolgimento dell'argomentazione dovrebbe portare alla*

---

<sup>135</sup>Cass., 13 gennaio 1976, Tosto, in *Foro It.*, 1976, II, p. 137.

<sup>136</sup>Vd. anche BOSCHI, *Nota, Osservazioni a Cass. 11 dicembre 1974*, Scot., in *Foro It.*, 1976, II, p. 7.

<sup>137</sup>BERTONI, *La riforma penale del 1974*, cit., p. 1396.



*conclusione che se la recidiva è una circostanza aggravante, non è pensabile pensare che la sua esclusione possa incidere soltanto sulla misura della pena, e non anche sugli altri effetti legislativamente connessi alla sua presenza, e che di conseguenza, per pervenire coerentemente a un risultato del genere, sarebbe necessario ammettere che la recidiva non è un'aggravante, ma uno stato personale, simile in tutto a quello che viene in considerazione nella prospettiva dell'art. 133 c.p>>.*

L'obiezione per cui tale rovesciamento di prospettiva dovrebbe comportare una disattenzione non solo per quella costante giurisprudenza, sempre ferma nel riconoscere natura di circostanza in senso tecnico alla recidiva, ma anche per il costante orientamento di legittimità, pacifico nel considerare la recidiva, a seguito della riforma del 1974, sempre ammessa al giudizio di comparazione con le altre circostanze *ex art. 69 c.p.*, che altrimenti non sarebbe consentito, non pare invero persuasiva.

A parere della scrivente, anche ammettendo come legittima la natura circostanziale, non sarebbe necessario arrivare a tale inversione di rotta per giustificare l'applicabilità del regime di facoltatività alla recidiva in genere e non al solo aumento sanzionatorio, che deriverebbe – *rectius* dovrebbe derivare - *sic et simpliciter* dalla asserita natura circostanziale della stessa: non si vede come solo per la circostanza della recidiva potrebbe accogliersi una interpretazione così sfavorevole, tanto da ritenerla sussistente in base alla sola lettura del certificato penale, in mancanza di un accertamento in concreto del disvalore espresso dalla circostanza, come accade per tutte le altre ipotesi che in tale *genus* rientrano a pieno titolo.

Per ciò che concerne gli effetti pratici che discenderebbero dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, la giurisprudenza di legittimità si è da subito dimostrata restia a prendere univoca posizione a riguardo. Oltre alle affermazioni di principio, facile è infatti rilevare come qualora la Suprema Corte abbia abbracciato nello specifico la tesi riduttiva, escludendo il solo aumento di pena, ciò abbia comportato automaticamente ed apoditticamente la produzione delle ricadute

applicative di tipo processuale, al fine della determinazione della competenza per territorio in caso di connessione tra reati, della durata della prescrizione, etc.

In sintesi, ciò su cui a nostro parere, occorre concentrare l'attenzione è costituito dagli effetti che si dovrebbero propriamente riconnettersi, all'una o all'altra ipotesi ricostruttiva:

A) *Status*: se tale potesse ritenersi, la recidiva dovrebbe obbligatoriamente essere applicata a chi commette un nuovo reato; verrebbe essere esclusa dal bilanciamento *ex art. 69 c.p.*; non sarebbe consentito sul punto effettuare una valutazione discrezionale del giudice circa la sua sussistenza; non potrebbe incidere sul computo dei termini di prescrizione.

B) *Circostanza*: come visto, in tale ipotesi si ammette – con un discorso necessariamente generale - il bilanciamento con circostanze di segno opposto *ex art. 69 c.p.*, la facoltatività che ne caratterizza il regime potrebbe comportare una valutazione discrezionale del giudice circa l'*an* della sua esistenza, ma non la facoltà di non applicarla, qualora ne sussistano i presupposti formali e sostanziali. Le obiezioni rispetto a tale asserita natura concernono la sua influenza sul calcolo della prescrizione, la natura di condizione personale che ne concretizza la sostanza, ma soprattutto, a parere della scrivente, gli abnormi effetti “collaterali” ulteriori rispetto all'aggravio sanzionatorio, influenti, ad es., su amnistia, indulto, sospensione condizionale, e sul trattamento penitenziario, sui quali pare da sempre essere scesa una accettazione tacita, come se tali effetti fossero normali conseguenze di una figura asseritamente circostanziale, di natura personale, quale appunto la recidiva, e tanto più giustificati da un punto di vista dogmatico-sistematico e politico criminale.

Il problema è quindi, a nostro avviso, non solo quello di leggere il semplice dato positivo, come rispondente o meno alla logica degli istituti circostanziali o agli indici commisurativi *ex art. 133 c.p.*, ma soprattutto quello di valutarne la ragionevolezza, la proporzionalità e la legittimità costituzionale, anche e

soprattutto alla luce degli effetti *ulteriori* rispetto a quelli di rilevanza edittale, come previsti dall'art. 99 c.p., e che caratterizzano il *genus* circostanziale<sup>138</sup>.

Spostiamo dunque la nostra analisi sul problema della corretta individuazione dei caratteri propri delle ipotesi circostanziali<sup>139</sup>, al fine di valutare il corretto inquadramento negli stessi della recidiva.

**4. In particolare: l'accoglimento della tesi circostanziale. Alla ricerca di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce del dettato legislativo. Ricognizione delle ricostruzioni di tipo funzionale delle ipotesi circostanziali nel nostro ordinamento: a) funzione commisurativa della cornice edittale in senso stretto. b) funzione individualizzatrice della sanzione.**

Oggetto di ampi dibattiti in dottrina, la corretta soluzione da darsi al quesito circa il ruolo attribuibile, nel nostro ordinamento giuridico penale, all'istituto delle circostanze<sup>140</sup>, e soprattutto circa la controversa funzione del giudizio di

---

<sup>138</sup>Sulla natura delle circostanze come *accidentalia delicti*, provocanti l'effetto tipico di una variazione di pena, concorde è la manualistica; cfr. per tutti MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 398 ss.

<sup>139</sup>Nella molteplicità degli interventi sulla controversa materia, ci limitiamo ad indicarne taluni: CADOPPI- VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Padova, 2007, p. 372 ss.; CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. Pen.*, n. 10-12/1974, p. 345 ss.; CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. Pen.*, n. 11/1984, p. 2296 ss.; GIANNELLI-MAGLIO, *Questioni in tema di circostanze del reato*, in *Riv. Pen.*, n.10/2005, p.1027 ss.; MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol VI, Roma, 1988; MARINI, *Circostanze del reato*, in *Nov.mo dig. It., app.*, vol. I , Torino 1980, 1254 ss.; MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in AA.VV., *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di Giunta, cit., p. 181 ss.; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, in *Studium Juris*, n. 7-8/2006, p. 1168; RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2006, p. 307 ss.

<sup>140</sup>Riconosce la natura <<complessa ed ambigua>> delle circostanze, MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 610. Per altre osservazioni in materia di circostanze, si rinvia a DE VERO, *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 2003, p. 407.

bilanciamento tra circostanze eterogenee, previsto dal particolare procedimento di cui all'art. 69 c.p., è a tutt'oggi controversa.

Si possono tuttavia distinguere due fondamentali filoni interpretativi in relazione al possibile inquadramento dogmatico delle circostanze, in specie relativamente all'ambigua funzione del giudizio di comparazione tra le suddette, in bilico tra esigenze generalpreventive ed istanze di individualizzazione della sanzione.

Il primo di essi le qualifica come <<*cause di modificazione della cornice della pena*>>, inserendole come tali nella determinazione *legale* della sanzione, ancor prima quindi rispetto alla commisurazione *giudiziale* della stessa<sup>141</sup>.

Per il secondo orientamento ermeneutico, invece, la funzione delle circostanze comuni o *ad efficacia comune* si esplicherebbe sul piano della commisurazione *giudiziale* della pena, contrariamente alle circostanze c.d. *ad efficacia speciale*, che opererebbero sul piano della relativa determinazione *legale*: risultato cui si perviene sulla base dell'argomento *ex art. 63 comma 1 c.p.*, che prevede un meccanismo bifasico nell'operazione di determinazione della pena per il reato circostanziato<sup>142</sup>.

Pare porsi in posizione tra queste intermedia, la tesi di chi distingue tra una *funzione teoretica* delle circostanze, attinente alla determinazione *legale* della pena, ed una funzione *pratica* in senso commisurativo, ovvero come <<*strumenti di adeguamento della pena alle peculiarità del caso concreto*>><sup>143</sup>.

Parimenti mediana si colloca altra opzione ricostruttiva, la quale riconosce che <<*dal punto di vista funzionale l'area delle circostanze copre in forma tendenzialmente indistinta (e tanto più indistinta dopo la riforma dell'art. 69*

---

<sup>141</sup>In tal senso, si veda STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, p. 54 ss.; PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000, p. 16.

<sup>142</sup>Vi rientra l'opinione di DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, p. 51 e ss. e *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Ridpp*, 1986, p. 49 ss.

<sup>143</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *sub art. 59*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, I, Milano, 2004, p. 632.

*c.p....) due fenomeni assai diversi. Per un verso, le circostanze risentono della loro origine storica, di fattori legati alla determinazione della pena in concreto (...). Per un altro verso, le circostanze appaiono come modificazioni qualificatrici o privilegianti della stessa comminatoria edittale>><sup>144</sup>.*

Altra dottrina ravvisava inoltre, antecedentemente alla riforma del 2005, la collocazione di tale giudizio su un piano diverso ed antecedente a quello della commisurazione della pena, e quindi all'area coperta dai parametri *ex art. 133 c.p.*<sup>145</sup>, ritenendo che finalità della comparazione tra circostanze sia invece quella di *rideterminare la cornice legale della pena*, <<stabilendone così la base per la successiva effettiva commisurazione, fissando la maggiore (*prevalenza*), minore (*subvalenza*) o immutata (*equivalenza*) gravità del fatto in astratto>><sup>146</sup>. Tale interpretazione faceva leva su due dati normativi, costituiti, in primo luogo, dall'influenza esercitata, sulla determinazione del termine prescrizionale, dal giudizio *ex art. 69 c.p.*, in base al disposto di cui all'art. 157 comma 2 c.p. (nella versione *pre-riforma* del 2005). Muovendo dall'assunto per cui l'istituto prescrizionale non trova collegamento con la pena *concreta*, riferendosi bensì al livello massimo della pena in astratto minacciata, si concludeva che funzione (del giudizio di comparazione, ed *a fortiori*) delle circostanze in genere, fosse di

---

<sup>144</sup>In tal senso si esprime PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 192. Per una analisi approfondita delle impostazioni sopra esposte diffusamente MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di riforma di una controversa categoria penalistica*, cit., p. 591 ss.

<sup>145</sup>Il giudice, anziché riferirsi ai criteri *ex art. 133 c.p.*, dovrebbe individuare il *grado intrinseco di intensità* della circostanza così come concretamente manifestatasi: così per CONTENUTO, *Note sulla discrezionalità del giudice, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 672; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 210; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 215; BISSI, *Giudizio di comparazione tra circostanze concorrenti eterogenee e criteri guida operativi*, in *Giust. Pen.*, 1993, p. 541.

<sup>146</sup>Così ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2007, p. 4107; STILE, *Il giudizio*, cit., p. 142; PAPI, *Le ambiguità dell'art. 69 c.p. tra reale e razionale*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 1928; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *sub art. 69*, in *Commentario sistematico*, I, 1995, cit., p. 708 ss.; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 688 ss.

costituire <<*elementi di valutazione legale del reato*>>, incidenti sulla pena minacciata, ancor prima che su quella in concreto commisurata dal giudice<sup>147</sup>.

Il secondo dato normativo, su cui trovava fondamento la ricostruzione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee in termini di preordinazione *legale* della stessa *cornice edittale*, era costituito dall'originaria esclusione, dal relativo ambito di operatività, non solo delle circostanze ad effetto speciale, ma anche delle circostanze inerenti alla persona del colpevole. Tale esclusione non appariva coerente con quanto affermato nella Relazione Preliminare al codice penale del '30, rilevandosi come, qualora la funzione precipua di tale giudizio fosse stata individuata nella *personalizzazione* della sanzione, non si capiva come da esso potessero escludersi elementi coinvolgenti non solo il fatto di reato, ma anche la personalità dell'autore, quali appunto la recidiva – analogamente a quanto prescritto dall'art. 133 c.p. –, come tali rilevanti al fine della formulazione di un giudizio commisurativo complessivo, seppur sintetico.

E se la *ratio* della esclusione delle circostanze inerenti alla persona del colpevole risiedeva nella loro eterogeneità rispetto alle altre circostanze<sup>148</sup>, la sottrazione delle circostanze ad effetto speciale dal giudizio comparativo poteva individuarsi nella volontà del legislatore di predeterminare il disvalore effettivo del fatto, sottraendolo alla valutazione giudiziale, operazione giustificata in virtù del prevalere di esigenze generalpreventive sottese alla loro stessa previsione, tali da determinare un aumento superiore a quello ordinario, ovvero la previsione di una autonoma cornice edittale, o addirittura una differente tipologia sanzionatoria, che il legislatore si riservava di effettuare una volta per tutte, sottraendo al giudice

---

<sup>147</sup> STILE, *Il giudizio*, cit., p. 55, il quale aggiunge che funzione delle circostanze in tal guisa legislativamente configurate sarebbe quella di rapportare <<*la previsione della pena non solo al fatto tipico ma anche ad aspetti di una più vasta situazione di fatto, col risultato di limitare e non di accrescere la sfera di operatività del giudice, il quale, più sono le circostanze accertate, più resta vincolato ad uno schema che gli impedisce una genuina valutazione del caso concreto*>>.

<sup>148</sup> Così PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 212.

il potere di determinazione legale della cornice edittale, da ritenersi per le altre ipotesi invece sussistente<sup>149</sup>.

Quindi, a parere dei sostenitori della funzione del giudizio di comparazione tra le circostanze eterogenee in termini di predeterminazione legale della cornice edittale, prevalenti esigenze generalpreventive avrebbero governato il settore della comparazione *ex art. 69 c.p.*, in funzione di una individuazione della stessa pena astratta *in parte qua* delegata anche al giudice.

Tale modello ricostruttivo ha subito tuttavia un grave colpo ad opera della riforma del 1974, laddove anche le circostanze inerenti alla persona del colpevole e quelle ad effetto speciale sono state ricomprese nel giudizio di comparazione, ed ancor più dopo la riforma del 2005, che ha ordinariamente escluso una efficacia delle circostanze in ordine alla determinazione del termine necessario a prescrivere.

Ma quest'ultima riforma ha tuttavia fatto riemergere, e con maggiore forza, quell'ambiguità funzionale che taluni autori rinvenivano anche a seguito della riforma del 1974, collocando l'art. 69 c.p. in una posizione intermedia tra la determinazione legale della cornice edittale del reato ed il momento commisurativo giudiziale della pena in concreto.

Se, infatti, la riforma del 1974 aveva mantenuto ferma l'influenza delle circostanze sulla determinazione del termine prescrizionale, inserendo nel contempo in sede di comparazione le circostanze prima escluse, sussisteva tuttavia pur sempre per il giudice la possibilità (tuttora prevista) di elidere gli effetti delle circostanze tramite il giudizio di equivalenza ovvero di soccombenza, ancor più in quanto da allora esteso anche a quelle autonome e ad effetto speciale.

Per la tesi che ravvisa la funzione del giudizio di bilanciamento delle circostanze nella determinazione della cornice edittale della pena, infatti, <<l'esigenza di una globale valutazione di tutti gli elementi riguardanti sia il fatto

---

<sup>149</sup> STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 300.

*che l'autore, sottesa ad un giudizio di natura commisurativa, così come si evince dall'art. 133 c.p., risulta incompatibile con l'effetto di elisione previsto dal meccanismo giuridico di cui all'art. 69>><sup>150</sup>. Per evitare tale elisione delle circostanze ritenute soccombenti od equivalenti occorrerebbe, secondo tali opinioni, svincolare il giudizio ex art. 69 c.p. dalla fase commisurativa della pena, optando per un suo inserimento in quella di *ridefinizione della cornice edittale*, nelle tre forme possibili segnate dalla prevalenza delle aggravanti ovvero delle attenuanti o dall'ipotesi di equivalenza. Sarà propriamente nella seconda fase, concernente la commisurazione concreta della pena irroganda, che le circostanze per evento ritenute soccombenti o equivalenti ritroveranno il loro valore ai fini dello spostamento verso il massimo o il minimo edittale della pena nell'ambito della cornice così predeterminata in sede di comparazione<sup>151</sup>.*

---

<sup>150</sup>Così ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune"*, cit., p. 4108; In questi termini cfr. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, pp. 298 e 300, per il quale <<l'effetto di elisione non trova nessuna giustificazione né in presenza di circostanze ad efficacia speciale, per esigenze di graduazione della pena, né nel concorso di circostanze del fatto e della persona: fatto e persona possono condurre logicamente ad una sintesi che tenga conto (art. 133) di entrambi gli aspetti, ma non si prestano certo a un raffronto che consenta di annullare – a qualsiasi livello – la rilevanza di significati dell'uno o dell'altro tipo>>.

<sup>151</sup>Cfr. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 147 e ROMANO, in ROMANO-GRASSO, *sub art. 69*, in *Commentario sistematico*, I, 1995, cit., p. 715, per cui <<le circostanze dichiarate soccombenti (o equivalenti) possono (meglio, devono) essere considerate dal giudice, insieme agli altri elementi contingenti, al fine della determinazione della *concreta misura dell'influenza delle circostanze prevalenti*(...), e/o della *concreta misura della pena-base* del reato ai sensi dell'art. 133>>. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 215, pur propendendo per la prima delle suesposte tesi, riconosce la rilevanza di tale aspetto problematico in fase comparativa, sostenuta anche da DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 199 ss., e propende per l'obbligo del giudice in fase di determinazione della pena base, di <<escludere dalla propria ricognizione l'elemento oggetto di qualificazione circostanziale, al fine di evitarne la doppia valutazione>>, per eludere gli effetti problematici di una elisione in sede di applicazione del meccanismo ex art. 69 c.p. Tale A. osserva inoltre che <<"lo stesso giudizio di comparazione, in quanto diretto ad accertare se le circostanze concorrenti debbano o meno trovare applicazione come tali", serve prima di tutto a stabilire quale modello "il giudice dovrà seguire nell'operazione di commisurazione". Le circostanze soccombenti, ancora una volta, non perdono ogni rilevanza, ma ne assumono una diversa meno pregnante ma pur significativa, nell'ambito dell'art. 133 c.p.>>.



Unanime giurisprudenza e tradizionale dottrina, sulla base della Relazione Ministeriale al Codice del 1930<sup>152</sup> - che tale istituto ha per primo introdotto nel nostro sistema, al posto della somma aritmetica previgente - sono concordi nel rinvenire la naturale sede del giudizio di bilanciamento sul piano della *individualizzazione della sola pena*, al settore, cioè, governato dagli indici di cui all'art. 133 c.p., deputato a fornire un giudizio complessivo e sintetico dell'episodio delittuoso nella sua concretezza, tale da proporzionare la pena alla gravità del fatto di reato ed alla personalità del reo<sup>153</sup>.

Su tali suggestive ricostruzioni della funzione della categoria circostanziale, a partire dal 1974 si è allungata sempre più invasiva l'ombra della discrezionalità giudiziale<sup>154</sup> (soprattutto a seguito della modifica dell'art. 69 c.p.), la cui portata ed i cui limiti in sede di determinazione della pena sono stati oggetto di attenzione così come di serrate critiche, in special modo per il tema che qui ci occupa, in particolare circa il ruolo che le circostanze ricoprono in tale delicata fase del giudizio di cognizione.

---

<sup>152</sup>Nella Relazione sul libro primo del Progetto, il Ministro Guardasigilli dell'epoca sottolineava la funzione dell'art. 69 quale mezzo con cui <<il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche>>.

<sup>153</sup>Cfr. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 2; BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, cit., p. 1064; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. VII, 1960, p. 101; MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, cit.; SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, p. 299. Dopo il 1974, DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 193 ss.; FIANDANESE, *Gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze e la riforma operata dal d.l. 11 aprile 1974, n.99*, in *Cass. Pen.* 1978, p. 331. In giurisprudenza, da ultimo cfr. Cass sez. IV, 28 giugno 2005, Matti, in *C.E.D. Cass.*, n. 30432.

<sup>154</sup>Sul tema della corretta nozione di discrezionalità giudiziale la dottrina ha lungamente dibattuto: per un'analisi ed una ricognizione delle principali correnti interpretative, cfr. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 767; LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, vol. III, 1975, p. 339 ss.; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 273 ss.; ID., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., p. 171 ss.; VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *AA. VV., Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, p. 742 ss.

A maggior ragione, tale attenzione si è acuita a seguito della modifica, ad opera della riforma del 2005, dell'istituto della recidiva, nella sua funzione primaria di circostanza in senso tecnico e ad efficacia speciale, ed in secondo luogo per gli innumerevoli effetti commisurativi che al suo riconoscimento si ricollegano.

L'ultimo intervento legislativo *in subiecta materia* si è mosso, come noto, proprio nel solco di un drastico contenimento della discrezionalità giudiziale, sia sul piano squisitamente *interpretativo* (con l'introduzione di elementi costitutivi stringenti di fattispecie ovvero tramite la fissazione di date soglie di punibilità ecc.), sia sul piano della stessa *determinazione giudiziale della pena*, incidendo su vari istituti tra cui, in primario rilievo, proprio la commisurazione delle circostanze e la recidiva.

Lo stesso ha determinato, invero, la inefficacia del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p. ai fini della determinazione del termine prescrizionale, e con essa è venuto meno uno degli ostacoli più incisivi alla riconduzione del giudizio *ex art. 69 c.p.* entro l'orbita della commisurazione concreta della pena, pur sussistendo ancora il possibile "effetto di elisione" il quale, a parere dei sostenitori dell'opposta tesi, osterebbe ad una piena assimilazione del giudizio *ex art. 69 c.p.* al momento di individualizzazione della pena. Tale obiezione appare tanto più stringente, ed avvalorante l'*ambiguità funzionale* del giudizio di prevalenza o equivalenza, in quanto l'effetto di elisione continua a permanere anche con riferimento alle circostanze autonome e quelle ad effetto speciale, le quali, se aggravanti (e la recidiva prima tra queste, eccetto che nella sua forma semplice), incidono pure sul termine di prescrizione del reato *ex art. 157 comma 2 c.p.*, serbando quindi in sé l'aggancio normativo più rilevante con le c.d. cause di modificazione della cornice edittale della pena, e con la sola preclusione di un possibile esito di prevalenza, nel caso ricorra la fattispecie di recidiva reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p..

Parrebbe quindi chiaro come il legislatore abbia voluto *privilegiare* in tale settore, ancora una volta, se ce ne fosse bisogno, l'esigenza general-preventiva.

Ai fini della nostra indagine, appare ora opportuno addivenire alle prime considerazioni: abbiamo visto come la riconduzione della recidiva nel giudizio comparativo previsto dall'art. 69 c.p., qualora la funzione di quest'ultimo venga intesa nei termini di una individuazione della stessa pena astratta, *in parte qua* delegata anche al giudice, ed in considerazione dell'attuale configurazione assunta a seguito della legge n. 251 del 2005 (in specie rispetto alle preclusioni in sede di giudizio di bilanciamento stabilite per la recidiva reiterata, ed alla rilevanza sul computo dei termini prescrizionali, per quanto attiene alla recidiva diversa da quella semplice) parrebbe coerentemente rispondere invero ad una finalità non retributiva né specialpreventiva, ma propriamente di prevenzione generale.

A riprova di detto assunto, si osserva infatti come l'istituto del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee *ex art. 69 c.p.* sia stato al centro della politica criminale italiana, ogni qualvolta il legislatore avesse inteso amplificare le istanze generalpreventive, in senso restrittivo o ampliativo: tale atteggiamento ha invero consentito ad autorevole dottrina di affermare che l'art. 69 c.p. costituisce <<*una delle chiavi di volta del sistema penale italiano, data l'esuberante e massiccia presenza in esso di previsioni circostanziali suscettibili di modificare profondamente il trattamento sanzionatorio*>><sup>155</sup>, e quindi il principale perno su cui la discrezionalità giudiziaria, nella sua funzione di supplenza politico-criminale, attribuitale dallo stesso legislatore a partire dalla riforma del 1974, fa leva al fine di privilegiare le finalità da attribuire alla sanzione penale, di volta in volta prevalenti nei diversi contesti storico-culturali.

Tale rilievo ci induce a ritenere che, allo stato attuale, il vero fondamento assegnabile all'istituto della recidiva sia coerentemente da rinvenirsi in una

---

<sup>155</sup>Così PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 254. Per una considerazione di analogo tenore, con riferimento all'istituto delle circostanze del reato in generale, *cfr.* DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Ridpp*, 1986, p. 49 ss.

esigenza non di tipo specialpreventivo né retributivo, bensì generalpreventivo, con tutti i connessi problemi di legittimità costituzionale che tale approccio reca in sé.

Un passo ulteriore:concordia si registra in giurisprudenza e in dottrina nell'assegnare al giudizio di comparazione tra circostanze due caratteri indefettibili e tra loro strettamente connessi: l'*obbligatorietà e l'unitarietà*, non potendosi il giudice esimersi, in presenza di circostanze aggravanti ed attenuanti, dall'effettuare il giudizio comparativo *ex art. 69 c.p.*, da un lato, e dal compiere nel contempo una valutazione non già analitica, ma complessiva delle medesime, dall'altro<sup>156</sup>.

Tuttavia, se questo era lo schema originario predisposto dal legislatore del 1974, a seguito dell'intensificarsi del fenomeno terroristico e di criminalità organizzata, specie alla fine degli anni settanta ed agli inizi di quelli novanta, sono state inserite progressivamente nel tessuto penalistico numerose deroghe a tali caratteristiche, con l'introduzione di significative eccezioni al bilanciamento previsto dall'art. 69 <<per salvaguardare i limiti edittali normativamente prescritti>> per delitti di grande allarme sociale<sup>157</sup>.

In particolare, con l'art. 1, comma 1, del d.l. 15.12.1979, n. 625, "*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*", conv. in legge 6.2.1980 n. 15, è stata introdotta una aggravante comune, caratterizzata da un aumento fisso della pena base, per i reati commessi *per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico*, escludendosi contestualmente, al comma 3, la prevalenza o l'equivalenza di ogni attenuante sia con l'aggravante di cui al comma 1, sia con qualsiasi altra circostanza autonoma o indipendente

---

<sup>156</sup>Per la ricostruzione del contenuto dell'art. 69 c.p. in termini di giudizio unitario e sintetico, MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 101. Ritiene peraltro insufficiente il solo criterio desumibile dagli elementi indicati dall'art. 133 c.p., in considerazione della onnicomprensività della norma e data l'assenza di una espressa finalità, PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 213.

<sup>157</sup>Cfr. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. D. pen.*, cit. Per una analisi approfondita delle innovazioni seguite alla riforma del 1974, miranti al rafforzamento della prevenzione generale a seguito della recrudescenza di forme di criminalità 'tradizionale' ovvero del profilarsi di 'emergenze', vd. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 135 ss.

eventualmente concorrente<sup>158</sup>. L'art. 2 del medesimo testo, introducendo nuovamente all'art. 280 c.p. la fattispecie delittuosa di *attentato per finalità terroristiche o di eversione*, in precedenza abrogato ad opera del d.lg.lt. n. 288 del 1944, con la previsione di numerose aggravanti speciali, all'ultimo comma stabilisce che <<le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste>>.

A tali ipotesi derogatorie rispetto all'ordinario giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, saranno in seguito introdotte anche in materia di *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* (art. 289-bis, comma 5, c.p., introdotto dalla legge 18.5.1978, n. 191), e di *sequestro di persona a scopo di estorsione* (art. 630, comma 6, c.p.)<sup>159</sup>.

Le suddette disposizioni derogatorie hanno da subito impegnato gli interpreti nel fornir loro una ricostruzione non confliggente con il dettato costituzionale, in specie con l'art. 3 Cost., prospettandosi una pluralità di soluzioni esegetiche<sup>160</sup>.

Ad essere accolta dal Giudice delle Leggi<sup>161</sup> sarà una interpretazione 'correttiva' di tale particolare meccanismo derogatorio, per la quale quest'ultimo non impedirebbe al giudice di applicare diminuenti di pena, ma attribuirebbe allo stesso libertà di scelta: qualora riconosca discrezionalmente la non prevalenza dei fattori aggravanti, lo stesso dovrà invero calcolare le diminuzioni di pena per le

---

<sup>158</sup> Puntualmente, DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, in *Leg. Pen.*, 1981, p. 36.

<sup>159</sup> Cfr., per tutti, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 244.

<sup>160</sup> Per una panoramica, cfr. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Ridpp*, 1986, p. 1302 ss.; DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, cit., p. 39; VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Utet, 2000, p. 48; FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1103; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 268.

<sup>161</sup> C. Cost. n. 38/1985 (sentenza interpretativa di rigetto), in cui si ritiene infondata con la questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 1, comma 3 della legge n. 15 del 1980 in relazione all'art. 3 Cost.

attenuanti non soccombenti sulla sanzione risultante dagli aumenti già previamente effettuati per l'aggravante ad effetto speciale, giusto il regime di cumulo di cui all'art. 63, comma 3 c.p., in materia di concorso omogeneo di circostanze<sup>162</sup>.

In tutte le altre disposizioni<sup>163</sup> che in seguito si sono avvalse di tale meccanismo derogatorio nel giudizio comparativo, sono state invero applicate le indicazioni provenienti dalla citata pronuncia, che si sono tradotte infatti in formulazioni più chiare ed inequivoche della fattispecie<sup>164</sup>, realizzandosi in tal guisa una armonizzazione della regolamentazione legislativa di tutte le deroghe al giudizio ex art. 69 c.p.

Anche il legislatore del 2005 pare aver attribuito – non si sa quanto consapevolmente – un ruolo diverso alle circostanze ad effetto comune rispetto a quelle, quantomeno aggravanti, ad effetto speciale ed alla recidiva.

Si è tuttavia da più parti contestata l'appropriatezza di siffatta diversificazione in seno al giudizio di bilanciamento, ritenendo che il legislatore meglio avrebbe operato, sulla base della reale *ambiguità funzionale* dell'istituto delle *circostanze* e del *bilanciamento*, come evidenziato peraltro dal numero crescente di deroghe, ad abolire *in radice* il giudizio di cui all'art. 69 c.p., ovvero a circoscriverne la

---

<sup>162</sup> A favore di tale soluzione ermeneutica, vd. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 249. Critico DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, cit., p. 39; DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee*, cit., p. 1294 ss. Analoghe considerazioni sono state poste alla base della sentenza, anch'essa interpretativa di rigetto, della C. Cost., 28 giugno 1985 n. 194, con riferimento all'art. 280 comma 5 c.p., in *Ridpp*, 1986, p. 1293, con nota di DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee*, cit. Nella giurispr. di legittimità, conforme anche Cass., Sez. I, 6 dicembre 1985, De Stefano, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 887.

<sup>163</sup> Cfr. l'art. 7 del d.l. 13 maggio, 1991, n. 152 (conv. con modificazioni in l. 12 luglio 1991, n. 203) e dall'art. 7 del d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 conv. in legge 18 febbraio 1992, n. 172 e dall'art. 3 del d. lg. 26 aprile 1993, n. 122. Da ultimo, si veda l'art. 15 comma 4 della legge 11 agosto 2003, n. 228, che ha introdotto il comma 5 dell'art. 600 *sexies* c.p., e l'art. 12 comma 3-*quater* del d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge n. 189 del 2002.

<sup>164</sup> Si veda ad es. l'ultimo comma dell'art. 280 *bis*, per il quale <<le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi (...) non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti>>

rilevanza alle sole circostanze ad effetto comune<sup>165</sup>. Per le circostanze c.d. autonome o ad effetto speciale, sono state avanzate tuttavia soluzioni diverse, ad esempio prevedendo la loro incisione sulla pena in un momento precedente ed indipendente dal giudizio di bilanciamento, oppure generalizzando quel meccanismo previsto dalle leggi speciali di cui *supra*.

Simili scelte normative avrebbero, tuttavia, richiesto un riassetto complessivo dell'intero sistema delle circostanze e della commisurazione della pena, di cui il legislatore non ha voluto incaricarsi, inseguendo l'esclusivo scopo di reprimere gli autori recidivi, utilizzando tutti i mezzi 'propagandistici' a sua disposizione, primo tra tutti appunto (dopo gli aumenti 'terroristici' alle pene edittali) l'utilizzo generalpreventivo dell'istituto del bilanciamento tra circostanze eterogenee, cui prevede l'ulteriore restrizione 'emergenziale'.

---

<sup>165</sup>I recenti Progetti di riforma, elaborati negli ultimi decenni dalle Commissioni ministeriali, hanno in tali termini affrontato il problema (vd. anche *supra*, nt. 30). Il Progetto Pagliaro, prevedeva all'art. 25 comma 1 l'applicazione di tutte le circostanze eterogenee concorrenti, con successivi aumenti e diminuzioni di pena. Nel testo definitivo del Progetto Grosso (licenziato il 26.05.2001) il giudizio di comparazione tra circostanze di segno diverso viene invece limitato alle sole circostanze ordinarie (prevedendosi una diminuzione fino ad un quarto, non più fino ad un terzo come allo stato attuale), mentre le circostanze ad effetto speciale venivano trasformate in autonomi titoli di reato. In argomento, vd. diffusamente, MELCHIONDA, *Riforma del Codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, in *Ridpp*, 1994, p. 793 ss.; VASSALLI, *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 2003, p. 401; DE VERO, *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, *ivi*, p. 406; MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 411; PREZIOSI, *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del Codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, *ivi*, p. 442. Anche il Progetto Nordio, presentato in data 21 aprile 2005, perseguiva invece l'obiettivo di una riduzione della discrezionalità giudiziale; in particolare, per quanto concerne la parte generale, si proponeva l'eliminazione dell'istituto delle circostanze generiche con l'affermazione della tassatività delle circostanze e la somma aritmetica delle circostanze eterogenee, con uno sbarramento costituito dal divieto di una diminuzione della pena al di sotto della metà del minimo e di una elevamento di oltre la metà del massimo. Per quanto concerne la recidiva, prevedeva peraltro l'abolizione della recidiva reiterata ed il ripristino del regime di obbligatorietà, mutuata dal precedente Progetto Grosso, il quale peraltro configurava una recidiva esclusivamente temporanea (dovendo la commissione del nuovo reato intervenire entro dieci anni dalla precedente sentenza irrevocabile di condanna) e specifica (intercorrendo solo tra delitti o contravvenzioni della stessa indole).

Questa nuova deroga, tuttavia, ha da subito mostrato la sua precipua differenza rispetto a quelle in precedenza adottate, alcune delle quali, come si è visto, hanno in passato già superato il vaglio della Consulta, tanto da aver fatto dubitare della sua stessa legittimità costituzionale.

Infatti, come efficacemente osservato<sup>166</sup>, se pure già sussistono nel nostro ordinamento penale eccezioni al carattere obbligatorio ed unitario del giudizio di bilanciamento, dato comune a tutte le stesse è il loro *carattere “oggettivo”*, accomunandole la medesima *ratio* di limitazione della discrezionalità giudiziale in ordine a reati particolarmente gravi, per i quali il legislatore ha inteso riservarsi per intero la predeterminazione della cornice edittale legale, in ossequio a pressanti esigenze di carattere generalpreventivo.

Nel caso della deroga al giudizio di bilanciamento previsto per la recidiva, si tratta invero di una discriminazione puramente *soggettiva*: non rilevano infatti il tipo o la gravità dei reati al fine di escludere la prevalenza, in siffatto giudizio, della recidiva reiterata *ex art. 99 comma 4 c.p.*, ma una qualità *personale e soggettiva*.

È stato correttamente rilevato come, a ben vedere, una valutazione in ordine alla legittimità di tale limitazione all’operatività del giudizio di comparazione sia strettamente correlata – nuovamente - al tema della funzione che si ritiene propria di siffatto giudizio.

Parte dei commentatori<sup>167</sup> ha sottolineato la dubbia compatibilità di una discriminazione fondata non su un parametro di maggior gravità oggettiva, quanto su una ritenuta maggior colpevolezza ovvero pericolosità soggettiva con la stessa *ratio* del giudizio previsto all’art. 69 c.p., da ravvisarsi per tali autori invero nell’esigenza di individualizzazione della sanzione al fatto ed alla personalità del

---

<sup>166</sup>ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2007, p. 4111.

<sup>167</sup>EsPLICITAMENTE in tale senso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2007, cit., p. 426; AMATO, *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida al dir.*, dossier, n. 1/ 2006, p. 60.



suo autore, attraverso un giudizio assimilabile a quello operato ex art. 133 c.p. in sede di commisurazione in senso stretto. Su tale premessa sistematica si sono, del resto, fondate le varie censure di legittimità costituzionale in merito alla nuova disposizione di cui all'art. 69 c.p., ritenendosi violati i canoni costituzionali di personalità della responsabilità penale e di rieducazione, ad opera di siffatta esclusione della possibile rilevanza di fattori attenuanti, suscettibile di portare all'irrogazione di pene sproporzionate, in omaggio ad esigenze generalpreventive che dovrebbero rimanere estranee al momento commisurativo della pena<sup>168</sup>.

Laddove la funzione sottesa al giudizio *ex art. 69 c.p.* sia correttamente individuata nell'adeguamento della pena alle caratteristiche soggettive e oggettive del reato, tale regolamentazione preclusiva della prevalenza di attenuanti in base a siffatto parametro soggettivo, in un diritto penale del fatto, è persa in contrasto anche con il principio di necessaria offensività del reato (art. 25, comma 2 Cost.), oltre che di uguaglianza, introducendo in tal modo una irragionevole disparità di trattamento nei confronti dei recidivi reiterati sulla base di una presunzione *iuris ed de iure* di maggior pericolosità rispetto ai delinquenti primari.

---

<sup>168</sup>Sulla possibile rilevanza di esigenze generalpreventive in sede commisurativa della sanzione, invece PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Ridpp*, 1979, p. 1189; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Ridpp*, 1981, p. 25; ID., *Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, p. 229 ss. *Contra* la prevalente dottrina; Cfr. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 755; ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 179; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 298. In giur. *vd.* la fondamentale sentenza C. Cost. 2 luglio 1990 n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2385 ss., con nota FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, nella quale si afferma il principio irrefutabile del divieto di strumentalizzazione dell'individuo per finalità generali di politica criminale o di difesa sociale. Pur ribadendo il fondamento costituzionale della funzione di prevenzione generale in termini di intimidazione o di difesa sociale, la Corte ha tuttavia statuito che questa non possa mai pregiudicare la finalità rieducativa espressa dalla Carta fondamentale all'art. 27. Su tale pronuncia *vd.* anche STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo Codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Milano, 1993, p. 310; VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Ridpp*, n. 1/2008, p. 3 ss.

Anche a mente dell'opposta ricostruzione funzionale dell'art. 69 c.p., in termini di determinazione della cornice edittale della fattispecie, le limitazioni al potere giudiziale di commisurazione, sarebbero invero consentite solo nei limiti del rispetto del canone supremo di ragionevolezza, nel senso di non manifesta disparità di trattamento.

Si deve invero rilevare come nondimeno si riscontri, in tale disciplina derogatoria *in peius* del concorso di circostanze, una patente violazione del principio di uguaglianza, in entrambe le accezioni di canone di non discriminazione (per cui situazioni diverse necessitano di trattamenti diversi) e di parametro di ragionevolezza (che impone che le pene non prevedano una forbice edittale eccessivamente ampia)<sup>169</sup>: si prefigura infatti la possibilità che situazioni di recidivanza, tra loro assai diverse, siano assoggettate al medesimo gravoso trattamento commisurativo<sup>170</sup>, così come l'aumento smisurato della cornici edittali, non trovando più bilanciamento con eventuali attenuanti, in taluni casi si presterebbe ad una abnorme dilatazione<sup>171</sup>.

Ed è per questo che riteniamo che, ancor di più alla luce delle suesposte considerazioni, appaia sempre più inidonea ed iniqua tanto la collocazione della recidiva tra le circostanze, quanto, in tale sede, la ricostruzione del suo ruolo nel giudizio di cui all'art. 69 c.p. in termini di determinazione della cornice edittale della pena.

Al di là delle considerazioni generali circa il rilievo che l'esigenza generalpreventiva può legittimamente assumere in un sistema penale personalistico, fondato sulla indisponibilità della persona a qualsiasi tipo di

---

<sup>169</sup>La Corte Costituzionale ha invero più volte sottolineato come la determinazione edittale della misura delle pene è dominio della discrezionalità legislativa, pur dovendo le scelte criminali trovare un limite nel superiore principio di uguaglianza. Per maggiori approfondimenti, cfr. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Ridpp*, 1997, p. 134 ss.

<sup>170</sup>Così SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al dir.*, Dossier, n. 1/2006, p. 47.

<sup>171</sup>Sul punto, CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., p. 80 ss.

strumentalizzazione a fini utilitaristici e di politica criminale, che può a nostro parere trovare giustificazione solo in presenza di attentati a beni fondamentali e di rilievo ulteriore rispetto a quelli individuali, riteniamo che mai discriminazioni possano fondarsi su basi soggettive, in ossequio soprattutto al troppo spesso negletto principio fondamentale di dignità dell'essere umano, di cui all'art. 3 Cost.

Riteniamo che, allo stato attuale, attesa l'insuperabilità della espressa nomenclatura utilizzata dal legislatore, e quindi in un'ottica se non altro di "riduzione dei danni", non resti che riportare la recidiva nell'ambito quantomeno del giudizio di individualizzazione della sanzione, e quindi al suo genuino fondamento comunque specialpreventivo, in modo da salvaguardare, per quel poco che è possibile, la legittimità costituzionale di un istituto che andrebbe sicuramente ripensato nei suoi fondamenti e nella sua legittimità.

Anche se riteniamo che sarebbe più conforme e corretto, dal punto di vista logico-giuridico e politico-criminale avere il coraggio di ricondurre la recidiva nel suo vero alveo, che riteniamo essere il settore della commisurazione della pena in senso stretto, rappresentando essa espressione di capacità criminale e non di maggior colpevolezza. Ma questo vedremo oltre.

**5. La configurazione della recidiva dopo le modifiche della legge *ex-Cirielli*: profili rilevanti ai fini di una valutazione ponderata della riforma e rilievi costituzionali. Della possibile rilevanza della "rinnovata facoltatività" della recidiva reiterata "comune" al fine della individuazione della natura giuridica dell'istituto.**

A seguito della riforma del 2005 si è riproposto ancora una volta il tema della natura discrezionale o meno della nuova recidiva, dapprima rispetto alla qualificazione dogmatica riservata alla stessa, per poi investire – nuovamente, verrebbe da dire - i riflessi sostanziali derivanti dalla ritenuta sussistenza dei suoi presupposti. In altre parole, sul ruolo che *in concreto* la recidiva svolge nella fase

giurisdizionale, da cui trarre indicazioni in merito alla sua natura ‘sostanziale’ (da contrapporsi a quella ‘formale’ di cui addietro) .

A causa delle vaste ‘metastasi’ della riforma, la corretta qualificazione dogmatica della recidiva, in specie reiterata, in termini di circostanza discrezionale ovvero obbligatoria, ha da subito dimostrato di essere suscettibile di operare importanti ricadute applicative sul giudizio di bilanciamento e sugli altri effetti commisurativi ad essa riconnessi.

Deve nondimeno riconoscersi che l’inserimento della recidiva reiterata nell’ambito dell’art. 69 c.p., seppure, come evidenziato, al fine precipuo di escludere l’operatività nei suoi confronti di un eventuale giudizio di prevalenza delle attenuanti, rappresenta chiaro indice della volontà legislativa di una ricomprensione dell’istituto in tale capitolo di teoria del reato.

La Cassazione, dal canto suo, ha avuto fin da subito modo di assumere posizioni discordanti in merito al rapporto tra recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento *ex art. 69, comma 4 c.p.*: ci riferiamo alle due note sentenze Cass. Sez. IV, n. 16750/07 depositata il 3 maggio, Serra, e Sez. VI n. 18302/07 depositata l’11 maggio.

Il contrasto interpretativo verificatosi sul punto tra le Sezioni semplici sarà invero affrontato subito dopo in altra fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale, sent. 5-14 giugno 2007, n. 192, Relatore Flick.

Quanto merita rilevare in questa sede, rinviando, per riflessioni più approfondite, ai numerosi ed autorevoli commenti che hanno corredato le succitate pronunce di legittimità<sup>172</sup>, è la presenza o meno in tali decisioni di spunti ricostruttivi atti a fornire indicazioni dirimenti per il tema che qui particolarmente ci occupa, ossia la natura giuridica circostanziale o meno della recidiva.

---

<sup>172</sup>Vd. NATALINI, *Recidiva reiterata e divieto di prevalenza delle attenuanti: dalla Suprema corte i primi contrasti*, in *D&G online* del 25.5.2007; ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2007, p. 4098 ss.

Dette prese di posizione affrontano infatti la delicata questione del giudizio di bilanciamento delle circostanze, come disciplinato dall'art. 69 c.p., che, come ampiamente esposto, rappresenta il punto focale ai fini di una corretta ricostruzione dell'istituto circostanziale in genere, e dunque anche della recidiva<sup>173</sup>.

Spiace tuttavia rilevare come neppure detti arresti giurisprudenziali abbiano contribuito a meglio chiarire la *vexata quaestio* di cui *supra*. Gli atteggiamenti assunti da dette sentenze, tra loro antitetiche, non fanno che riproporre le contrapposizioni emerse già sotto la previgente configurazione della recidiva, incentrandosi sulla possibilità o meno della stessa, una volta ritenuta dal giudice, di produrre necessariamente aumenti di pena, affrontando ancora una volta la problematica dell'*oggetto* del giudizio richiesto al giudice, quindi dei confini della *facoltatività del suo operato*, in specie se essa concerna il solo aumento di pena ovvero investa il riconoscimento circa l'esistenza stessa della figura circostanziale. Con i connessi consequenziali distinguo tra mancata dichiarazione di recidiva, e dichiarazione di recidiva con o senza aumento di pena, nel cui ultimo caso si pone ancora l'ulteriore problema della liceità del prodursi degli eventuali effetti c.d. 'minori', che interverrebbero in una situazione di base in cui il giudice ha escluso il primario effetto dell'aumento di pena.

---

<sup>173</sup>La stessa dottrina minoritaria, fautrice di una ricostruzione della recidiva in termini di *status*, ha dovuto peraltro prendere atto di tale ulteriore indice della *voluntas legis* nei detti termini rilevando come a favore dell'accoglimento, a livello legislativo, dell'inquadramento dogmatico della recidiva come circostanza sembra militare anche il nuovo comma 1 dell'art. 47 *ter* della legge n. 354 del 1975, introdotto dalla legge del 2005, che qualifica la recidiva, di cui all'art. 99, espressamente come <<aggravante>>. Peraltro, pur continuando a ritenerla una circostanza inerente alla persona del colpevole, come tale escludendola dal novero delle circostanze aggravanti comuni, la circostanza per cui il legislatore del 2005 abbia per la stessa previsto un regime particolare in sede di giudizio di comparazione *ex* art. 69 c.p., dimostra *a fortiori* di volere includere la recidiva tra le circostanze da considerarsi nel bilanciamento. Si ammette infatti che <<il legislatore appare avere optato per la natura circostanziale della recidiva (anche se con l'intento pratico di circoscrivere la contrastata prassi giurisprudenziale del bilanciamento indiscriminato in materia)>>: così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V. ed., Padova, 2007, p. 641.

Le due pronunce, muovendo dalla giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, concordano sulla facoltatività degli aumenti di pena conseguenti alla dichiarazione di recidiva reiterata, riconoscendosi al giudice la possibilità, anche qualora ritenesse nel caso concreto la sussistenza di detta aggravante, di non procedere ad un aggravio sanzionatorio, qualora consideri comunque adeguata alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto la pena come determinata, anche, in ipotesi, in virtù di altri aumenti.

Affiorano invece, in seno alle due sezioni semplici, contrasti ermeneutici, con riferimento alle ulteriori conseguenze che l'esclusione (come detto, discrezionale) di tale primario effetto di aggravio sanzionatorio potrebbe lecitamente produrre: per la seconda in ordine temporale delle dette pronunce, più aderente al tenore letterale dell'art. 69 c.p., qualora il giudice decidesse di non operare un aumento di pena, lo stesso sarebbe nondimeno obbligato ad applicare le ulteriori conseguenze derivanti dalla rinnovata configurazione codicistica, *ivi* comprese le preclusioni derivanti in sede di bilanciamento delle circostanze concorrenti.

A mente di detta impostazione, pertanto, costituirebbe *ius receptum* che il giudice sia vincolato ad applicare la recidiva, una volta che la stessa sia stata correttamente contestata, concernendo lo spazio di discrezionalità a lui concesso limitato solo alla *scelta se aumentare o meno la pena*, ferma restando la produzione degli altri effetti penali che deriverebbero automaticamente da detto riconoscimento giudiziale (ad esempio in materia di sospensione condizionale della pena, di prescrizione, di riabilitazione, di preclusione per i recidivi reiterati di accedere al c.d. 'patteggiamento allargato' *ex* art. 444 comma 1 bis c.p., peraltro reputato costituzionalmente legittimo da C. Cost. n. 421/04 - quindi ancor prima dell'introduzione di cotante ulteriori preclusioni: *n.d.a.*).

A diversi esiti giunge la più corposa e versata sentenza n. 16750, la quale, aderendo ad una interpretazione costituzionalmente orientata ai principi di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena, sposa una tesi più garantista quanto alle conseguenze derivanti dalla mancata applicazione degli aumenti sanzionatori in caso di recidiva, ritenendo operante il divieto di prevalenza di cui

all'art. 69 comma 4 c.p. solo a seguito dell'avvenuto aumento di pena da parte del giudice. Riconoscendo espressamente di avere a che fare con un dato normativo poco chiaro, la Corte non si esime dall'affrontare una ricostruzione motivata e attenta dell'istituto. Mutuando un consolidato orientamento nomofilattico in materia di circostanze, la Corte ribadisce il carattere unitario ed inscindibile del giudizio di bilanciamento, il quale deve ricomprendere tutte le circostanze (ed in tale *genus*, se pure con caratteri peculiari, rientra anche la recidiva) di opposto segno ravvisate in concreto, in modo da determinare una valutazione complessiva del fatto ai fini di determinare la pena congrua da irrogare *sub specie*.

È necessario, quindi, che la recidiva sia stata accertata in concreto, dovendo essa disvelare quella particolare colpevolezza ovvero quella più accentuata pericolosità (ancora una volta non si scioglie tale nodo ermeneutico!), non ritenendo sufficiente il dato oggettivo dell'esistenza delle precedenti condanne, in assenza di detto riscontro in termini di sussistenza anche dei presupposti soggettivi, <<*a fondare non solo l'aumento di pena ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali*>>: ne deriva che, una volta che tale disvalore sia stato appurato dal giudice, egli *deve* procedere all'aumento di pena, trattandosi di circostanza facoltativa ma non discrezionale, e con essa conseguirebbero tutti gli ulteriori effetti penali.

Analogo effetto deriverebbe, altresì, anche nel caso in cui l'aumento di pena non venisse effettuato, ma non in quanto ritenuta la insussistenza della recidiva, bensì in quanto tale effetto - indefettibilmente connesso alla ritenuta esistenza concreta della stessa - sia stato nondimeno paralizzato da attenuanti concorrenti, nel caso *sub specie* in termini di equivalenza, precludendosi la prevalenza delle medesime in caso di recidiva reiterata<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup>A mente di costante giurisprudenza di legittimità si sostiene infatti che qualsiasi circostanza aggravante <<*deve essere riconosciuta applicata non solo quando nella realtà giuridica si esplica il suo effetto tipico (cioè quello aggravatore) bensì anche quando se ne tragga, comunque, ex art. 69 c.p. un altro degli effetti che le sono propri e, cioè, quello di paralizzare una attenuante*>>: in

Occorre muovere plauso a tale impostazione della Corte di ultime cure, perché abbraccia la prospettiva di una interpretazione attenta ai dettami costituzionale, da ritenersi più corretta anche dal punto di vista della sua tenuta logico-giuridica: vedremo che sarà peraltro la medesima visione ‘integrata’ ad emergere come dominante nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 192/2007.

Quale che preme evidenziare, tuttavia, è la impressione che, nonostante il tempo trascorso dalla prima introduzione del regime *facoltativo* della recidiva, e a dispetto delle dispute dottrinali e giurisprudenziali nel frattempo intercorse, che avrebbero dovuto ragionevolmente condurre ad una pacificazione dei contrasti su tale delicata materia, sempre pericolosamente incombenti appaiono i pericoli di regressioni verso il passato (significativa in tal senso la sentenza n. 18302), indicativi peraltro di una profonda esigenza di ripensamento di un istituto, le cui difficoltà interpretative ne incarnano emblematica conferma.

Se la soluzione prospettata dalla Sentenza ‘Serra’, da ultimo citata, appare convincente e sicuramente preferibile, nondimeno le perplessità circa la ragion d’esser di tale istituto rimangono invariate, data l’inafferrabilità del valore di tale singolare circostanza. Appare inoltre probabile, conferendo ancora una volta al giudice il compito di valutare la sussistenza della fattispecie, che si verificheranno come in passato eccessi di indulgenzialismo ovvero di rigorismo punitivo per situazioni identiche, come in passato: nulla è cambiato. Appare quindi più rispettoso della moderna sensibilità giuridica e, se si vuole, anche scientifica, superare la riluttanza generalpreventiva a riportare la recidiva, nelle sue innegabili

---

questi termini, per tutte, Cass., Sez. Un., n. 17/1991 *rv.* 187856, e da ultimo, Cass., Sez. I, n. 33923/06, *rv.* 235191. Ammessa la possibilità e la plausibilità costituzionale di una scissione tra *riconoscimento* della recidiva ed “*effetti commisurativi*”, l’idea di una discrezionalità legata elusivamente alla prima, seppure avanzata in una delle due soluzioni esegetiche avanzate dalla Consulta, non è in alcun modo accettabile, giacché ne deriverebbe <<il paradosso che un dato di disvalore – la qualità di recidivo – escluso dal giudice ai fini dell’aggravamento sanzionatorio *ex art. 99 c.p.*, riviverebbe ad altri effetti>>: Così AMBROSETTI, *La recidiva*, in *Studium Juris*, 1999, p. 318.



connotazioni soggettive, sotto l'ambito a lei più congeniale, ovverosia quello della commisurazione della pena in senso stretto<sup>175</sup>.

La Sentenza di legittimità 'Serra' – Cass. Sezione IV, 11.02.2007 n. 16750, come anticipato, troverà autorevole avvallo nella decisione della Consulta n. 192 del 5- 14 giugno 2007<sup>176</sup>, con riferimento alle questioni di legittimità sollevate da vari giudici di merito in ordine – anche in tale sede - al divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata disposto dal nuovo 4 comma dell'art. 69 c.p.: dopo aver prospettato in chiave problematica le diverse strade percorribili e attraversate *in subiecta materia*, la Corte Costituzionale individua quindi la via interpretativa da seguire, ricalcando peraltro quanto sostenuto da dominante dottrina che -come visto- assegnava alla recidiva natura di circostanza aggravante in senso proprio seppure "discrezionale"<sup>177</sup>.

I dubbi interpretativi sollevati nelle varie ordinanze di rimessione non hanno peraltro trovato espressa soluzione nella sentenza del Giudice delle Leggi, il quale ha ritenuto invero inammissibili tutte le questioni prospettate motivando tale

---

<sup>175</sup>Con la sentenza Sezione IV Penale, 4 marzo 2008 (dep. 8 maggio 2008), n.18473 in [www.penale.it](http://www.penale.it), la Corte è tornata ad occuparsi del problema, affermando che <<anche nel bilanciamento con l'attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 73, comma quinto, TU stupefacenti, la recidiva prevista dall'art. 99, comma quarto, c.p., anche dopo le modifiche della L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa, salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'articolo 407, comma secondo, lettera a), c.p.p. (art. 99, comma quinto, c.p.)>>. In argom., vd. anche Trogu, *Sull'irretroattività delle norme più sfavorevoli al reo in tema di esecuzione della pena: una sentenza parzialmente fuori dal coro*, in Riv. Giur.Sarda, 2007 fasc. 1, pt. 1, pp. 231 – 242.

<sup>175</sup>Su tale pronuncia si registrano i commenti di ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in Dir. pen. e proc., n. 3/2008, p. 328 ss.; BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in Giurisprudenza costituzionale, 2007 fasc. 3, pp. 1861-1870; BRICCHETTI, *La ricerca di un'interpretazione alternativa avrebbe evitato le questioni di legittimità*, in Guida al Dir., n. 26/2007, p. 87 ss.; TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in Foro it., n.12/2007 pt. 1, p. 3358 ss.; VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in Cass. Pen., n. 2/2008, p. 531 ss.

<sup>176</sup>In tale direzione, fondamentale si è rivelata l'affermazione di PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307.

risultato sulla base della <<*mancata verifica preliminare – da parte dei giudici remittenti, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione alternativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il superamento di detti dubbi*>>.

La motivazione di detta inammissibilità risiede proprio nella mancata prospettazione della questione, da parte dei giudici remittenti, circa la natura facoltativa ovvero obbligatoria della recidiva reiterata di cui al nuovo comma 4 dell'art. 99 c.p.

La Corte, pur non assumendo una posizione esplicita in tal senso, ma fornendo motivazioni pregnanti a favore del suo accoglimento, suggerisce peraltro un percorso ermeneutico che dovrebbe impedire l'operatività del divieto di cui all'art. 69, comma 4, c.p., della cui costituzionalità si discute nelle ordinanze di rimessione. A parere della Corte regolatrice, tale effetto si produrrebbe qualora si dimostrasse che la recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p. non sia stata configurata come obbligatoria, ma abbia conservato il suo originario regime di facoltatività.

Si afferma invero che, <<*nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è d'altro canto possibile ritenere...che venga meno, ipso iure, anche l'automatismo oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale*>>: si nota inoltre che <<*di conseguenza, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento – soggetto al regime limitativo di cui all'articolo 69, comma 4, c.p. – unicamente quando, sulla base dei criteri dianzi ricordati, ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; mentre, in caso contrario, non vi sarà luogo ad alcun giudizio di comparazione: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti*>>.

Appare evidente come i sopraesposti profili problematici, sottesi alla ricostruzione della natura giuridica della recidiva in termini circostanziali, siano rimasti intonsi, totalmente ignorati dalla pronuncia in esame, allo stesso nel modo in cui è stata tralasciata la questione circa la natura della facoltatività del giudice in tale delicato momento comparativo.

Nulla sembra quindi essere cambiato rispetto a prima, anche grazie alla pronuncia in esame, che in tal modo ha spostato il tiro rispetto al quesito sottopostole, in tal modo salvando la norma da una sicura scure di incostituzionalità, e costituendo nei fatti una <<*interpretatio abrogans*>> dell'art. 69 comma 4 c.p.<sup>178</sup>, rimandando alle problematiche consuete nel settore.

La Corte non si esime tuttavia dal sollevare una discrasia che a tutt'oggi si ripropone, anche al fine di stigmatizzarne l'omessa valutazione da parte dei giudici remittenti; solleva infatti il quesito per cui, anche affermandosi la natura facoltativa della recidiva, questa debba intendersi limitata ai soli aumenti di pena ovvero attenga a tutti gli innumerevoli (e cosa da non sottovalutarsi ancora una volta in prospettiva costituzionale) ulteriori effetti penali della stessa.

In relazione agli orientamenti formatisi sul punto, prima del 2005, come visto, vi era chi restringeva la facoltatività ai soli effetti c.d. di rilevanza edittale, da intendersi per taluni circoscritti al solo aumento della pena, estendendosi, per talaltri, anche al giudizio *ex art. 69 c.p.*, mentre diversa ricostruzione, di matrice autorevolmente e prevalentemente dottrinarica, annoverava che facoltativa dovesse ritenersi la stessa declaratoria di recidiva.

Ciò che rilevava, a mente di detta tesi, era esclusivamente la espressa dichiarazione giudiziale di recidiva, in assenza della quale era preclusa la produzione di qualsiasi effetto, quindi anche di quelli c.d. minori. La Corte, anche in tale sede si astiene dal prendere esplicita posizione: il Giudice delle Leggi afferma infatti che qualora venisse dato per ammesso << *che la recidiva reiterata,*

---

<sup>178</sup> Cfr. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007*, cit., p. 542.

*da un lato, mantenga il carattere di facoltatività, ma dall'altro abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti – siano esse ad effetto comune o speciale – ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza paradossale, di una circostanza “neutra” agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reato), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto aggravante – eventualmente, anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato in mitius. In altre parole, appare assai problematico, sul piano logico, supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato: profilo problematico, questo, con il quale i giudici a quibus avrebbero dovuto necessariamente misurarsi>>.*

La soluzione accolta dalla Corte, pur condivisibile nel suo garantismo (sempre in un'ottica di 'riduzione dei danni': per tale definizione, vd. *supra* § 4), non appare tuttavia pienamente convincente: prima di tutto appare singolare la scelta di spostare l'oggetto della sua valutazione dall'art. 69 comma 4 c.p., direttamente investito dai rilievi dei *giudici a quo*, all'art. 99 comma 4 c.p., la cui esatta interpretazione viene considerata prodromica rispetto al corretto inquadramento sistematico della prima<sup>179</sup>: appare invero da censurare tale atteggiamento rinunciatorio nell'affrontare anche il profilo attinente alla ricostruzione del c.d. diritto vivente, pur essendo detta attività oramai pacificamente riconosciuta una prerogativa rientrante nei compiti della stessa<sup>180</sup>. E se è vero che abbraccia una ricostruzione della recidiva come istituto discrezionale (pur trincerandosi dietro la asserita assenza di indirizzi ermeneutici giurisprudenziali e dottrinari consolidati,

---

<sup>179</sup> Si osserva come solo pochi giorni prima la Corte avesse optato per una soluzione antitetica: cfr. Ord. 5 giugno 2007 n. 198, in *www.giurcost.org*, nella quale la Consulta, investita della questione di costituzionalità avente ad oggetto proprio l'art. 99 comma 4 C.p. aveva seguito la strada di una dichiarazione di manifesta inammissibilità, e pur riferendosi alla corretta esegesi dell'art. 69 comma 2 c.p., avesse di fatto deciso di non pronunciarsi.

<sup>180</sup> Sul punto cfr. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007*, cit., p. 535.

tali da consentire la praticabilità di una soluzione alternativa a giustificazione della impossibilità di pronunciarsi nel merito) e interpreta la nozione di discrezionalità come coinvolgente la sussistenza *in toto* dell'istituto, non limitandola al solo aumento di pena, non si capisce perché anche qualora il giudice ritenga comunque sussistente la recidiva, da tale riconoscimento debbano discendere effetti talmente gravosi da sfidare il principio di proporzionalità, di responsabilità personale, di rieducazione. Il caso ipotetico diviene poi in modo allarmante *reale* qualora si tratti di recidiva - questa si inequivocabilmente - *obbligatoria*, qual è quella prevista al comma 5, attesa la non utilità dell'espedito utilizzato dalla Corte nella sentenza *de qua*<sup>181</sup>.

Infine, si rileva la contraddittorietà insita nelle considerazioni della Consulta, laddove parla di esclusione del bilanciamento: qualora si escluda infatti la ricorrenza della recidiva, e quindi del connesso aumento di pena, allora non sussiste recidiva: se la recidiva viene riconosciuta esistente, coerenza imporrebbe di applicare l'aumento di pena, salva l'elisione - qualora possibile - con le attenuanti concorrenti: sotto tale profilo il ragionamento si mostra dunque illogico o contraddittorio. Pare dunque evidente come numerose sono le questioni lasciate in eredità all'interprete, e ancora una volta sulle spalle di quegli stessi organi giurisdizionali che la riforma del 2005 aveva il dichiarato obiettivo di disarmare nelle loro facoltà interpretative di tipo discrezionale.

---

<sup>181</sup>I dubbi di legittimità costituzionale che permangono per la recidiva reiterata obbligatoria, per alcuni Autori potrebbero essere, se non fugati, quantomeno attenuati, intendendo tale forma di recidiva come specifica, ricomprendendo sia i delitti presupposto che i delitti espressivi nel catalogo di cui all'art. 407 comma 2 lett. a, c.p.p. Cfr. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune"*, cit., p. 4131 ss.

## CAPITOLO SECONDO

*Il controverso e controvertibile fondamento politico-criminale della recidiva.  
Analisi e tenuta delle principali ipotesi ricostruttive a fronte dei principi  
fondamentali che governano il diritto penale*

**SOMMARIO.** 1. Premessa. L'ineludibile ricostruzione dei profili funzionali della pena come necessaria premessa ad un tentativo di corretta esegesi dell'istituto. 2. Le diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento della recidiva. 3. I rapporti tra recidiva e teoria della commisurazione giudiziale della pena. 4. L'istituto della capacità a delinquere: interferenze con la ricostruzione funzionale specialpreventiva della recidiva. 5. Conclusioni. Possibile fondamento della recidiva ricavabile dall'analisi finora condotta. La plausibilità giuridico-costituzionale e politico-criminale di una attrazione dell'istituto nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto, ovvero nell'orbita specialpreventiva.

**1. Premessa. L'ineludibile ricostruzione dei profili funzionali della pena come necessaria premessa ad un tentativo di corretta esegesi dell'istituto.**

La difficoltosa ricerca del corretto fondamento da attribuirsi alla fattispecie della recidiva si iscrive entro l'ambito di una problematica di ampio respiro, inerente alle fisiologiche interferenze con la latissima problematica che attiene alla interpretazione funzionale della pena nel nostro sistema positivo.

Abbiamo visto come la individuazione della *ratio* sottesa alla recidiva, innestandosi quest'ultima sia sul terreno delle circostanze, sia nel settore della

commisurazione della pena (il cui indice, rappresentato dalla capacità a delinquere desunta dai precedenti penali e giudiziari, sembra costituirne il relativo *genus*), comporti inevitabilmente una iscrizione nella più ampia cornice della finalità assegnabili alla sanzione penale, quale si rispecchia nei suddetti istituti, i quali sarebbero categorie vuote di contenuto se non riempite dalla linfa vitale dei principi fondamentali che governano lo scopo della potestà punitiva.

Esula dalle finalità e dalla natura del presente lavoro una analisi approfondita delle varie correnti che si sono succedute in materia di modelli di giustizia penale e di ricostruzione delle funzioni della pena: ci limiteremo quindi ad accennare gli aspetti fondamentali e le caratteristiche salienti dei diversi modelli funzionali che si sono affermati nel tempo, rinviando per approfondimenti e spunti critici agli ampi e fecondi studi specifici sull'argomento<sup>182</sup>.

Ci limitiamo a rammentare come la letteratura avente ad oggetto il tema della funzione (o, meglio, delle funzioni) da assegnarsi alla pena, occupi normalmente

---

<sup>182</sup> Vista la mole di interventi in materia di teoria della pena, vana sarebbe la pretesa di indicarne seppure sommariamente gli esiti: ci limitiamo a rinviare ad alcuni contributi significativi nel tratteggiare le differenti posizioni e prospettive assunte sul tema: cfr. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979; D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989; ID., *Diritto e secolarizzazione*, Milano, 1982; EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; ID., *La "nuova" retribuzione (I). pena retributiva e teorie preventive*, in *Ridpp*, 1983, p. 914 ss; ID., *(II) L'ideologia retributiva*, cit., p. 1315 ss., AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di Eusebi, Milano, 1989; GIUNTA, *Quali giustificazioni per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del dir.*, 2000, p. 265; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996; VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, cit., p. 297 ss.; Per un'ampia trattazione del tema dei modelli di giustizia penale, cfr. CIAPPI-COLUCCIA, *Giustizia criminale, retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997, *passim*; AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di Curi-Palombarini, 2002, Roma, pp. 3 ss.; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 15 ss.; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II, 2° ed., Torino, 2005, p. 39 ss e 173 ss.; FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, pp. 16 ss, 40 ss.; STORTONI-FOFFANI, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004.

un capitolo apposito della manualistica di diritto penale, quasi ad evidenziarne la rilevanza autonoma.

Di converso, il ruolo della pena è problema che permea l'intero diritto penale, insinuandosi nei più reconditi meandri di ogni istituto giuridico, in grado di condizionarne radicalmente la ricostruzione e l'interpretazione.

Per lungo tempo il tema è stato frequentemente svolto sul terreno più propriamente filosofico-giuridico, con una articolazione convulsa attorno a temi e questioni di natura squisitamente etica: il problema del fondamento della pena si è spesso coniugato con premesse filosofiche e visioni del mondo più generali, nascendo in concomitanza con l'avvento dei grandi sistemi di pensiero di stampo illuminista.

Per venire all'argomento che ci occupa, le dispute che si registrano attorno al fondamento della recidiva vertono da sempre sulla riconducibilità della suddetta nelle diverse correnti funzionali della pena, che si compendiano nei tre filoni fondamentali della retribuzione, della generalprevenzione e della prevenzione speciale<sup>183</sup>. In particolare, come visto, il dibattito si è da sempre concentrato sulla identificazione, nel fenomeno della reiterazione criminosa, di una maggior colpevolezza (in chiave quindi retributiva) ovvero di una maggior capacità a delinquere espressa dalla condotta del recidivo, a sua volta interpretabile in chiave prognostico-preventiva ovvero diagnostico-repressiva. In questa frase si compendiano le tre fondamentali teorie sul fondamento dell'istituto.

Tuttavia, se è unanime la constatazione che nella recidiva <<vi è qualcosa di più che il fatto di due delitti, e che la mera proclività criminosa>><sup>184</sup>, le discordie permangono sulla identificazione di tale tratto distintivo, fomentate anche dall'ambigua collocazione sistemica dell'istituto.

---

<sup>183</sup>Per i fondamentali approfondimenti in relazione alle teorie della pena, tra gli innumerevoli contributi, si rinvia per tutti, nella manualistica a PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2005, pp. 15 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Torino, 2008, p. 16 ss.

<sup>184</sup> CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., p.129.



La collocazione codicistica nel capo relativo alla teoria del reo, e non in quella deputata all'analisi del reato, per quanto concerne la ricerca del fondamento giuridico della recidiva parrebbe, a prima vista, confermarne una valorizzazione in termini di manifestazione di maggiore capacità criminale, mentre di converso non si comprende, in tale prospettiva, la qualificazione dogmatica circostanziale impressa alla stessa, sottratta, in quanto tale, al regime proprio delle forme di pericolosità qualificata che, nel Codice Rocco, danno vita alle figure del delinquente abituale, professionale e per tendenza, e che fino alla riforma del 1986 costituivano vere e proprie presunzioni di pericolosità.

L'«*ambiguità essenziale*»<sup>185</sup> dell'istituto si evince già a partire da tale duplice natura, ed è venuta ad amplificarsi a seguito delle riforme intervenute dapprima con il d.l. 11 aprile 1974 n. 99, e da ultimo con la l. 5 dicembre 2005, n. 251.

Importante è notare come, a seconda della prospettiva teleologica, di stampo dogmatico ovvero di tipo criminologico, da cui si prende le mosse, differenti sono le conclusioni cui si può pervenire in ordine alla natura ed al fondamento dell'istituto<sup>186</sup>.

Non pare infatti priva di significato la constatazione che, mentre oggetto della prospettiva dogmatica sia unicamente la recidiva derivante da una condanna definitiva, l'approccio criminologico consideri invero tutti i casi in cui si verifichi una ricaduta delittuosa, considerata di per sé rilevante al fine dello studio personologico del reo<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup>Per tale terminologia, cfr. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Ridpp*, 2-3, 2007, p. 1123.

<sup>186</sup>Le conseguenze che è possibile trarre in ordine alla natura giuridica dell'istituto sono state evidenziate *supra*, *Capitolo Primo*, e dipendono dal peso da attribuirsi al tenore testuale delle disposizioni, *in primis* degli artt. 70 e 99 c.p.

<sup>187</sup>Per un esame riassuntivo dei diversi fattori che possono favorire la recidiva (dai fattori personologici a quelli ambientali, agli effetti della carcerazione, alle difficoltà di inserimento sociale) vd. KAISER, *Criminologia*, trad. it., Milano, 1985; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 641 ss.

Allo stesso modo, è soprattutto l'approccio criminologico al fenomeno della recidiva che ha da sempre tentato di verificare, anche con indagini di tipo empirico, l'efficacia in termini specialpreventivi della pena sulla ricaduta nel delitto, distinguendosi a seconda che la stessa sia stata effettivamente scontata o meno<sup>188</sup>: Carrara evidenziava come <<*precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò il suo debito verso la società, non aumentano la gravità del delitto successivo*>><sup>189</sup> per cui il principio logico razionale dell'aumento di pena <<*si trova dunque non in un aumento di quantità del delitto: ma soltanto nella dimostrata insufficienza relativa della pena ordinaria*>>: l'illustre Autore annoverava pertanto la recidiva tra le cause di aumento della pena.

Venendo alla dimensione propriamente dogmatica del fondamento della recidiva, occorre ribadire come, fino alla riforma del 1974, la recidiva rappresentasse l'emblema di un difficile compromesso tra le istanze del retribuzionismo classico e quelle del positivismo giuridico. Mentre, per le une, la pena avrebbe dovuto rispecchiare fedelmente la sola gravità del fatto di reato, per le seconde doveva essere la personalità del singolo autore a riflettersi nella stessa, in quanto espressiva di un'indole particolarmente malvagia del reo, insensibile alla sanzione penale<sup>190</sup>.

L'obbligatorietà che caratterizzava la disciplina originaria dell'istituto si confaceva, come visto *supra*<sup>191</sup>, al soddisfacimento delle esigenze di certezza e di

---

<sup>188</sup> Appare evidente che la recidiva di per sé evidenzia in genere una inefficacia degli strumenti sanzionatori penali, e qualora sia stata scontata la condanna precedente, anche di quelli penitenziari.

<sup>189</sup> CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., pp.129 e 134.

<sup>190</sup> Per ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 2000, cit., p. 661 <<*la ricaduta nel reato dimostra una volontà persistente nel delinquere e, perciò, una maggiore capacità criminale*>>. Tale impostazione legittimava <<*il diniego delle attenuanti generiche motivato con lo "status" di recidivo reiterato infraquinquennale, ritenuto indice di un'effettiva capacità a delinquere e di vera pericolosità sociale*>>. Conf. Cass. 30 novembre 2000, in CED 217918. Si osserva come furono le nuove idee propuginate dalla Scuola Positiva a rendere la recidiva l'<<*ossessione creatrice*>> del secolo: per tale definizione, vd. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, p. 110.

<sup>191</sup> Capitolo Primo, Sezione Seconda, sp. § 3.

legalità, propugnate dalla scuola Classica, che in tale regime rinveniva una garanzia di eguale trattamento dei recidivi. Basti ricordare, in sintesi, come l'orientamento classico-garantista rinvenisse caratteri propri della recidiva nella temporaneità (la decorrenza di un consistente lasso di tempo, infatti, deporrebbe a favore della sufficienza della pena inflitta), specificità (deve riguardare solo reati omogenei, per i quali la pena si sia rivelata insufficiente, punendosi altrimenti una generica proclività criminosa, non legata al fatto-reato) e obbligatorietà (nella contestazione e nella dichiarazione), mentre per i postulati positivistico-criminologici essi sarebbero stati da individuarsi nella facoltatività (tale da consentire al giudice la valutazione circa la necessità soggettiva di rieducazione), genericità (si attribuisce valore sintomatico alla ricaduta in quanti tale nel reato, di qualunque tipo esso sia), e perpetuità (l'inclinazione delittuosa del soggetto non dipende dal tempo trascorso, che anzi ne può fondare una pericolosità maggiore)<sup>192</sup>.

La trasformazione, ad opera del D.L. n. 99/1974, del regime dettato dall'art. 99 c.p.<sup>193</sup> da obbligatorio a discrezionale, seppure salutato con favore da ampia parte della dottrina italiana<sup>194</sup>, reclamante una disciplina maggiormente conforme alle

---

<sup>192</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, 3 ed. Padova, 1992, p. 665. E' stato osservato che <<in un sistema penale garantista, ancorato al principio di legalità pur se aperto alla prevenzione speciale, e di fronte ad una magistratura fortemente divisa, se si vuole sfuggire all'*arbitrium iudicis* e fondare l'istituto su più solide basi ontologiche, occorre restare fermi all'*obbligatorietà* della recidiva, limitandola però all'*identità* dell'indole dei reati ed alla *temporaneità*>>: MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, p. 599.

<sup>193</sup> Per un approfondito commento al d.l. n. 99/1974, si rinvia a VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, p. 49 ss.

<sup>194</sup> Nota tuttavia la frase di NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2 ed., Padova 1982, p. 336, critico verso l'introduzione di un regime discrezionale talmente ampio da prefigurare addirittura un caso di <<*sovranità giurisdizionale*>>, addirittura sottratta all'obbligo di motivazione. Criticamente si espressero in tal senso anche DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci – Dolcini, Milano, 1985, p. 296 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed. Padova, 1992, p. 664 ss.; MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze*, cit. p. 1326; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 95 ss.; ROMANO in ROMANO- GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 90.

norme costituzionali<sup>195</sup>, nonché la necessità di una riforma politico-criminale orientata all'abbandono dei rigidi schemi presuntivi, fino ad allora dominanti, porta alla nascita delle prime discordie interpretative circa l'ambito di estensione del potere discrezionale ora assegnato al giudice: come già ampiamente chiarito *infra*, per taluni detto potere discrezionale doveva considerarsi circoscritto al solo aumento di pena, ritenendosi la recidiva già sussistente ed 'integrata' ad opera della sola commissione di un ulteriore reato da parte del già condannato<sup>196</sup>.

Dottrina prevalente e successiva concorde giurisprudenza portarono in seguito a ritenere, di converso, che la sfera applicativa del potere giudiziale, integrante un apprezzamento discrezionale e non un mero *arbitrium iudicis* di marca indulgenzialistica, investisse invero l'accertamento della stessa sussistenza sostanziale della recidiva, dovendosi tale opera concretarsi non in un mero riscontro circa l'esistenza di una sequela di precedenti condanne, ma in una verifica di presupposti ulteriori e fondanti: ma anche sul seme della esatta individuazione dei relativi confini germogliarono le discordie.

Mentre da un lato i suddetti <<diversi e ulteriori fattori (...) in assenza di specifiche indicazioni legislative contrarie>> venivano ricondotti <<in prevalenza in quelli relativi alla colpevolezza del fatto>><sup>197</sup>, e quindi in chiave retributiva, ad avviso di altra dottrina non <<può affermarsi che la recidiva implichi un aumento del quantum della colpevolezza, (...) giacchè nessuna delle note da cui dipende l'intensità del dolo o la gravità della colpa si riscontra nel fatto di colui che ricade nel reato>><sup>198</sup>, privilegiandosi quindi una lettura dei fattori in chiave di

---

<sup>195</sup>Conservano peraltro ragioni intatte di validità le osservazioni svolte in tal senso da BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 359 il quale rinveniva ragioni di contrasto tra la previsione di una pena fissa, operante per il tramite del sistema delle circostanze e della tipologia soggettiva di cui alla figura della recidiva, e la finalità di adeguamento della pena alla personalità del reo espressa dall'art. 27, co. 3, Cost.

<sup>196</sup>Alcune iniziali sentenze confermavano detto assunto: cfr. Cass., Sez. VI, 5 settembre 1974, Mele, in *Cass. Pen.*, 1976, p. 163; Cass., Sez. V, 18 dicembre 1974, Milo, *ibidem*, p. 184.

<sup>197</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, 2005, cit., p. 91.

<sup>198</sup>ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 661.

pericolosità<sup>199</sup>. Entrambe le correnti ermeneutiche sostenevano peraltro che, una volta riscontrata la sussistenza in concreto di detti elementi, competeva l'obbligo per il giudice di dichiarare la recidiva e di applicare i conseguenti riflessi aggravatori, salva la possibilità di elisione a seguito del bilanciamento con eventuali attenuanti concorrenti<sup>200</sup>.

Attesa la mancata indicazione, da parte del legislatore, dei criteri cui il giudice deve attenersi nella dichiarazione della recidiva, tale ultima ricostruzione, dominante a livello dottrinale, appare nondimeno preferibile, in considerazione del più pregnante <<*fondamento sostanziale e sistemico che sorregge tale ultima impostazione*>>, nonché della maggiore compatibilità costituzionale della configurazione che ne consegue, la prima comportando altrimenti il rischio di un arbitrio giudiziale potenzialmente contrastante con il principio di legalità<sup>201</sup>.

Da ciò non si evince peraltro la soluzione del quesito circa la fondazione della recidiva, potendosi agevolmente giustificare la stessa sia in termini prognostici, in quanto attitudine alla reiterazione criminosa, sia in dimensione retrospettiva, nei termini della sussistenza di un maggiore rimproverabilità, e quindi di una maggior colpevolezza, derivante dall'inosservanza del monito nascente dalla precedente condanna, influente sul giudizio circa la gravità del nuovo reato. Parrebbe, per talune correnti esegetiche, tuttavia preminente il rilievo accordato alla seconda delle suddette impostazioni, prevedendosi da parte del legislatore un aumento di pena e non, come deriverebbe dalla considerazione preminente del fattore della pericolosità, l'applicazione di una misura di sicurezza.

Certo è che, nello spirito della riforma del 1974, il vero tratto saliente era rappresentato dall'intento di attenuare il rigore sanzionatorio del Codice Rocco,

---

<sup>199</sup>Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 4 ed., 2001, p. 678.

<sup>200</sup>Per la necessità di una espressa dichiarazione giudiziale, della pregressa contestazione e della eventuale sussistenza della recidiva anche nella eventualità dell'elisione degli effetti aggravanti a seguito di bilanciamento con concorrenti attenuanti, *cfr. supra Capitolo Primo, Sezione Seconda, spec. § 5*.

<sup>201</sup>Per una rassegna degli argomenti fondanti tale soluzione ermeneutica, si rinvia a MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., p. 72 ss.

anche e soprattutto in omaggio al principio di individualizzazione e personalizzazione della pena fondato sull'art. 27 co 3 Cost.<sup>202</sup>. E questo principio appare a nostro avviso di basilare importanza anche oggi, e da esso occorre quindi prendere le mosse al fine di reinterpretare la *ratio* dell'istituto, come da ultimo modificato.

Come già ampiamente osservato da risalente ed autorevole dottrina, il problema dell'individuazione della *ratio* della recidiva si salda indissolubilmente con la questione dei criteri regolativi della discrezionalità giudiziale. E questi ultimi rinvergono la loro matrice proprio nelle diverse correnti dottrinali circa il fondamento dell'aggravio sanzionatorio previsto nell'ipotesi recidivante: colpevolezza o pericolosità? Retribuzione o specialprevenzione<sup>203</sup>?

Ovviamente nella presente sede non è possibile affrontare con esaustività il controverso dibattito che ha interessato la dottrina per decenni, e che la rinnovata disciplina nella recidiva ha contribuito a riaccendere<sup>204</sup>.

Ci limitiamo pertanto a brevi cenni circa le caratteristiche salienti delle diverse correnti ad oggi delineatesi con riferimento ai 'nuovi' agganci normativi, derivanti dalle modifiche del 2005.

---

<sup>202</sup>Così per DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 110; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 94 ss; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 286.

<sup>203</sup>Coglie da subito la rilevanza della questione in ordine all'inquadramento della recidiva nelle categorie della pericolosità ovvero della colpevolezza, al fine di individuare i criteri sui quali fondare il giudizio discrezionale *ex art. 99 c.p.*, PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307.

<sup>204</sup>Basti, per il momento, sottolineare l'importanza della questione, a seguito della introduzione - pur limitata - del regime di obbligatorietà della recidiva, ed *a fortiori*, attesa la produzione di draconiani effetti a seguito della novella del 2005, anche ulteriori rispetto ai pur notevoli innalzamenti degli aggravii sanzionatori. Appare di tutta evidenza l'importanza delle posizioni giurisprudenziali che si registrano in merito ai riflessi che la dichiarazione di recidiva può assumere ad altri effetti penali. Ad oggi le decisioni della giurisprudenza di legittimità paiono di contrapposto tenore: v., ad es., Cass., Sez. I, 29 novembre 2004, n. 46229, A.N., in *CED. Cass.*, n. 230295; Cass., Sez. I, 16 marzo 2005, n. 10425, E., *ivi*, n. 231209; in senso contrario e in materia di preclusione in relazione all'oblazione, Cass., Sez. IV, 30 aprile 2004, n. 20309, P.M. in c. M., *ivi*, n. 228922.

Varie sono state le ipotesi ricostruttive circa il fondamento dell'istituto e del susseguente aumento di pena: come visto, l'istituto in esame venne avversato dai fautori di una rigorosa concezione classico-retributiva del diritto penale, fondata sui principi del *ne bis in idem* e della necessaria proporzione della sanzione al fatto di reato. Infatti, ammettere una facoltà del giudice di valutare i precedenti penali nell'ambito della irrogazione della pena per un successivo reato, avrebbe significato rinnovare un episodio già oggetto di sentenza irrevocabile; si denunciava inoltre la sproporzione della sanzione che avrebbe dovuto applicarsi per la nuova azione criminosa *sub iudice*, aumentata per effetto di circostanze precedenti ed estranee al fatto (in contrasto con i principi di proporzione, di personalità della responsabilità penale, di diritto penale del fatto e di offensività).

Abbandonata la originaria tesi del maggior allarme sociale, da alcuni Autori propugnata, atteso che spesso la conoscenza dei precedenti penali dei soggetti sono appannaggio solo dell'autorità giudiziaria e di polizia, la ricostruzione dell'istituto venne peraltro intesa in chiave di espressione di una <<volontà persistente di delinquere>><sup>205</sup>, e dunque di una maggior colpevolezza<sup>206</sup>, o addirittura di una vera e propria <<inclinazione al reato>>, tale da giustificare un

---

<sup>205</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 695. Per Manzini nella commissione di un reato si verificherebbe, da un lato, la violazione di un precetto penale, che dà al reato forma e carattere, e, dall'altro, la lesione o l'esposizione a pericolo dell'interesse generale al mantenimento dell'ordine giuridico, che si delinea in maniera differenziata a seconda del carattere del delinquente. Nel caso invece del recidivo, oltre a tale effetto lesivo, sussisterebbe una ulteriore particolare lesione dell'interesse generico al mantenimento dell'ordine giuridico generale, dimostrando tanto la volontà di violare il precetto quanto la volontà di persistenza delittuosa, ovvero sia di <<non uniformarsi all'ordine giuridico generale penalmente protetto>>. Secondo il Manzini, l'inquadramento della recidiva tra le circostanze aggravanti l'imputabilità si giustificerebbe: a) sia per il dovere dello Stato di punire non già un asserito allarme sociale, che nei fatti può non sussistere, cagionato dalla reiterazione delittuosa, bensì un'attività che ha intensamente turbato l'intero ordinamento giuridico, oltre ad aver aggredito il particolare interesse specifico tutelato nella singola norma incriminatrice violata; b) sia per la pervicace resistenza dimostrata dal recidivo al motivo di inibizione rappresentato dalla pregressa condanna, oltre alla persistenza della volontà antiggiuridica correlata ad una maggiore coscienza di aggredire interessi altrui; c) sia sulla base della considerazione sistematica che vede l'istituto in esame collocato nel titolo relativo al reo, subito dopo le disposizioni concernenti l'imputabilità.

<sup>206</sup> LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., p. 223.

aumento della pena in chiave retributiva<sup>207</sup>. Per tale opzione interpretativa, la recidiva non accrescerebbe quindi la gravità obiettiva del fatto di reato, ma connoterebbe la personalità del delinquente, riferendosi quindi all'imputabilità psichica<sup>208</sup>.

Altri commentatori ne hanno, per contro, ravvisato un fondamento in chiave special-preventiva, radicato in una maggiore capacità a delinquere posta alla base della comminatoria di una maggior pena<sup>209</sup>.

Vi è poi chi propende per una ricostruzione bidimensionale della recidiva<sup>210</sup> come espressione, da un lato, di una maggiore capacità a delinquere del reo, con una connotazione specialpreventiva, e dall'altro di una maggiore gravità del reato, sotto forma di una maggiore colpevolezza derivante dall'insensibilità del reo verso il precetto, ed in chiara chiave retributiva<sup>211</sup>. Tale duplice fondamento, si dimostra invero speculare alla asserita natura polifunzionale della pena stessa, rimanendo inascoltato l'auspicio autorevolmente levato da attenta dottrina, a proposito della capacità a delinquere in genere, e della recidiva *sub species*, a sciogliere <<la comune alternativa tra un'interpretazione di orientamento retrospettivo e retribuzionistico e un'altra in chiave di prognosi e prevenzione speciale>><sup>212</sup>.

---

<sup>207</sup>BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 737; DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, cit., p. 183.

<sup>208</sup>Vd. BELLAVISTA, *Il delinquente qualificato*, Milano 1947, p. 41 ss; DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, cit., p. 183 ss.; MANZINI, *La recidiva*, Firenze, Cammelli, 1899, p. 443 ss.

<sup>209</sup>ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 2000, cit., p. 663; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p.307; ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, cit., p. 245.

<sup>210</sup>MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 1992, cit., p. 661; MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato. Parte generale*, 1999, p. 857.

<sup>211</sup>FIANDACA MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 410; PADOVANI, *Diritto penale*, 2002, cit., p. 248.

<sup>212</sup>PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307.



Si è infatti efficacemente osservato<sup>213</sup> come la polifunzionalità della pena, in particolar modo nel suo modello “*eclettico*” o “*sincretistico additivo*”<sup>214</sup>, per lungo tempo accolto anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>215</sup>, ha offerto un comodo pretesto e un alibi per privilegiare opportunisticamente l’una o l’altra finalità della pena, a seconda delle necessità contingenti di volta in volta ritenute prevalenti, assomigliando ad <<*un medesimo piatto nel quale tutto si mescola l’incompatibile si presenta come compatibile*>><sup>216</sup>. Una versione sicuramente più evoluta della teoria della polifunzionalità è stata denominata *associativa-dialettica*, in virtù della quale alla pena viene assegnato uno scopo preminente a seconda delle diverse fasi della fenomenologia punitiva: la prevenzione generale in fase di comminatoria edittale o della minaccia legislativa, la prevenzione speciale anche positiva in fase esecutiva, ovvero – secondo parte della dottrina- della commisurazione giudiziale della pena. Tale modello associativo-dialettico di pena polifunzionale è stato sostanzialmente accolto dalla sentenza n. 313 del 1990, nella quale come visto si è fatto leva sul principio rieducativo<sup>217</sup>.

Ma, a nostro avviso, è, ancora una volta, *la facoltatività* a rappresentare il punto nodale della discussione: così come per la natura giuridica, anche per il fondamento della recidiva tale principio riveste importanza dirimente in ordine alla soluzione da dare al problema *de quo*. Ma rinviando ad altra sede tale approfondimento.

---

<sup>213</sup> Cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 41.

<sup>214</sup> L’introduzione di tale concezione di polifunzionalità, e della connessa definizione si deve a VASSALLI, *Funzione e insufficienze della pena*, in *Ridpp*, 1961, p. 308 ss., alludendo ad una sanzione penale polifunzionale, in cui la stessa assolve ad un tempo più funzioni, di tipo retributivo, generalpreventivo, specialpreventivo ovvero satisfattorio o di tipo reintegrativo che si sommano tra loro, senza che sia possibile individuare un preciso ordine di priorità.

<sup>215</sup> P.e. C. Cost. n. 48/1962; da ultimo, C. Cost. n. 306/1993.

<sup>216</sup> ROLF-PETER CALLIES, *Strafwecke und Strafrecht*, in *NJW*, 1989, p. 1339.

<sup>217</sup> Per ulteriori approfondimenti, cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 43 ss.; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II, 2° ed., Torino, 2005, p. 177 ss.

## 2. Le diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali circa il fondamento della recidiva.

Rilevato come il fondamento della recidiva sia suscettibile di differenti interpretazioni, a seconda del ruolo che i vari ordinamenti hanno ad essa attribuito e dei conseguenti effetti giuridici che ne sono fatti discendere, si può affermare senza tema di smentite che la stessa può intendersi in senso <<retributivo>>, come espressione di una maggior colpevolezza del soggetto (si badi, a volte intesa come autentica colpevolezza per il fatto, talaltra invero quale autentica colpa d'autore, per quello che il soggetto ha consentito a sé stesso di diventare<sup>218</sup>) ovvero in senso specialpreventivo, come rivelazione di più intensa capacità a delinquere o pericolosità del reo.

Un diritto penale saldamente ancorato al modello classico-retributivo ripudia l'idea di una diversa e più grave punizione derivante dall'esistenza di precedenti condanne del reo, atteso il primato del principio della responsabilità per il singolo fatto: numerose sono state infatti le tesi abolizioniste avanzate sulla base di tale orientamento dogmatico<sup>219</sup>.

Anche l'attuale sistema giuridico fondato sul diritto penale del fatto, come pacificamente accolto dal nostro sistema costituzionale agli artt. 25, co. 2 e 27, co. 1 Cost.<sup>220</sup>, ed unanime in dottrina<sup>221</sup>, postula che la colpevolezza del reo debba

---

<sup>218</sup>ROMANO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, 2005, cit., p. 90.

<sup>219</sup>In omaggio a tale principio veniva abolito il § 48 *StGB* tedesco, che prevedeva una figura generale di recidiva. Nella dottrina italiana si ricorda CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., p. 129, il quale ribadiva che <<è ormai principio generalmente concordato, non doversi punire la *malvagità dell'uomo*, ma la *malvagità dell'azione*, se non vuolsi confondere l'ufficio del legislatore penale con quello del moralista>>. Per le tesi degli abolizionisti, si rimanda a MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Milano-Torino-Roma 1910, p. 234 ss. e DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale* cit., p. 17 ss.

<sup>220</sup>MARINUCCI-DOLCINI *Corso di diritto penale. Nozione struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, p. 82, osservano come in base a tali articoli <<tutti i criteri sui quali si fonda la colpevolezza vanno riferiti al singolo fatto antigiuridico da lui commesso>>.

dunque fondarsi esclusivamente sul singolo fatto –*Einzeltatschuld* –respingendosi per tale via la colpevolezza d'autore - *Täterschuld* –in entrambe le sue varianti di colpevolezza per il carattere – *Charakterschuld* – e per condotta di vita – *Lebensführungsschuld*<sup>222</sup>.

Altra dottrina ha tuttavia fermamente respinto questa interpretazione, fornendo una ricostruzione del legame funzionale sussistente tra recidiva e colpevolezza orientata all'esempio del § 48 *StGB* tedesco (che analizzeremo in seguito: infra, *Capitolo Terzo*, § 6), laddove questo prevedeva un aggravamento sanzionatorio per il recidivo, in ragione della possibilità di muovere allo stesso un rimprovero circa la mancata osservanza del monito nascente dalla precedente condanna, da verificare sulla base delle circostanze e modalità della nuova condotta illecita posta in essere.

Si può anzi affermare che tanta parte di quella dottrina italiana, la quale colloca la *ratio* della recidiva nell'alveo della colpevolezza, ne ha prioritariamente individuato la ragione giustificativa non nella precedente condotta di vita, bensì

---

<sup>221</sup>La ricostruzione di un diritto penale del fatto in tal guisa è unanime in dottrina. Così PETROCELLI, *La colpevolezza*, 3° ed., Padova, 1955, p. 173 ss; MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, p. 258 ss; DOLCINI *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 298; MANTOVANI, *Diritto penale*, 3° ed., cit., p. 156 ss.

<sup>222</sup>Contrariamente alla opinione dominante, Bettiol, pur riconoscendo che la colpevolezza deve essere tale <<per il singolo fatto perpetrato>> riteneva ciononostante ammissibile anche la c.d. "colpa d'autore", riferita sia alla condotta di vita – come per il caso del recidivo – sia ad una data inclinazione a delinquere– ad esempio lo sfruttatore della prostituzione. Egli riteneva in tali casi non sussistere una violazione dei principi di materialità o di offensività, ritenendo che, anche nella colpa d'autore, <<il fatto o la sua lesività sono i presupposti indefettibili della colpevolezza>> La posizione assunta da Bettiol ha comunque il pregio di evidenziare come, al di là della formale convergenza di vedute circa l'espulsione, nel nostro sistema penale costituzionale ed in linea generale, di forme di colpevolezza riferite ad un c.d. tipo d'autore, la recidiva sembri da sempre appartenere a quelle ipotesi in cui, invero, sembra riaffiorare null'altro che un'ipotesi di "colpa per la condotta di vita". Diffusamente in argomento, BETTIOL, *Sulla colpevolezza d'autore*, in *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Padova, 1984, p. 90. Sul punto anche in ID. *Sul problema della colpevolezza*, in *Scritti giuridici. Le ultime tre lezioni brasiliane*, Padova, 1987, p. 13 ss. Riteneva che la 'colpa per la condotta di vita' costituisse conferma di una <<accentuazione del momento etico personalistico>> nel diritto penale, riferendosi ad un <<costante atteggiamento di disprezzo del soggetto verso il dovere di non tornare a violare un imperativo di legge dopo una prima o una serie di condanne. La colpevolezza del recidivo è più intensa rispetto a quella del delinquente primario proprio a causa di questa sua insistenza a voler disubbidire agli imperativi delle norme>>:così testualmente in *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Ridpp*, 1971, p. 16.

nella circostanza che il ricordo della precedente condanna avrebbe connotato il nuovo episodio criminoso in termini di più intensa colpevolezza<sup>223</sup>.

La categoria dogmatica della colpevolezza <<*risulta influenzata dalle concezioni di fondo del diritto penale*>>, cosicché chiaro appare il motivo del fenomeno per cui <<*sulla disputa intorno alla portata e ai limiti di questa categoria dogmatica si riflettano i mutamenti registratisi negli ultimi anni circa il modo di concepire lo scopo della pena*>><sup>224</sup>. Questo innegabile punto fermo nella riflessione penalistica ci consente di ribadire come sul fenomeno della recidiva – che, come evidenziato, viene da molti inserita nell'alveo di tale categoria dogmatica - influiscano proprio le concezioni relative agli scopi della pena<sup>225</sup>.

Invero anche i fautori della ricostruzione retributiva della recidiva riconoscono che <<*proprio la colpevolezza rappresenta il trait d'union fra teoria del reato e teoria della commisurazione della pena*>><sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., pp. 252 e 263 ha osservato come la struttura ontologica, caratterizzante la colpevolezza del soggetto recidivo, si incentri non in una inclinazione psicologica al reato, bensì proprio sul nuovo episodio delittuoso, che può essergli invero addebitato più intensamente in ragione della maggior consapevolezza o autocontrollo che allo stesso poteva esigersi a seguito della pregressa condanna. Di conseguenza non sussisterebbe incompatibilità tra recidiva e *Einzeltatschuld*, in quanto la mancata osservanza del monito nascente dalla precedente condanna non può ritenersi essere una forma di *Lebensführungsschuld*. L'A. osserva peraltro che la maggior riprovazione per la colpevolezza del recidivo <<*riguarda esclusivamente il fatto che questi non si è lasciato motivare dall'avvertimento implicito nella condanna precedente*>>, in disaccordo con BETTIOL (*Diritto penale*, cit., p. 669 ss.), per il quale invece essa risiederebbe nella inclinazione al delitto, delineatasi nell'animo del recidivo, e la cui formazione il medesimo avrebbe potuto evitare. Si osserva peraltro che quella parte della dottrina che esclude la riconducibilità dei precedenti penali tra gli indici di colpevolezza per il fatto, riconosca tuttavia una certa plausibilità all'argomento di cui *supra*, in ragione del fatto che <<*il grado di colpevolezza del recidivo sarebbe maggiore rispetto al delinquente primario, in quanto il ricordo della condanna varrebbe a rendere il soggetto più consapevole del contenuto e delle conseguenze del precetto che viola (quindi anche del disvalore della sua azione)*>>:così DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 310.

<sup>224</sup> Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 284.

<sup>225</sup> Per una accurata disamina del rapporto tra recidiva e colpevolezza, con un vaglio approfondito delle teorie sulla colpevolezza in Italia e in altri sistemi giuridici più o meno affini, si rimanda ad AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., *passim*, spec. p. 236 ss, per l'insostituibile chiarezza ed i fondamentali richiami bibliografici.

<sup>226</sup> Testualmente AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 239, il quale cita anche DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 387, per il quale <<*la categoria della colpevolezza è il portale che apre la cittadella della teoria del reato verso lo studio del reo in vista dell'esclusione della*

Per riallacciarci al discorso principale, come già rilevato *supra* § 1, l'istituto della recidiva ha subito nel corso degli anni un mutamento "genetico", spaziando tra i diversi fondamenti sopra elencati: dapprima connotato da finalità preventive<sup>227</sup>, sottese alla collocazione da parte del legislatore del 1930 nel Capo II del Titolo IV, dedicato al reo ed alla persona offesa dal reato<sup>228</sup> oltre che alla alle caratteristiche di obbligatorietà ed automaticità dell'applicazione<sup>229</sup>, l'istituto ha subito una profonda mutazione a seguito della introduzione di un regime di generalizzata facoltatività, ad opera del D.L. 11.4.1974, n. 99.

L'indirizzo giurisprudenziale e dottrinario prevalente propende per una ricostruzione funzionale della recidiva in chiave diagnostico-repressiva, ossia retrospettiva e retribuzionistica, come espressione di maggior riprovevolezza della condotta, suffragata dall'inserimento della medesima a pieno titolo nell'ambito della colpevolezza<sup>230</sup>, attraverso l'inserimento di criteri <<psicologici>><sup>231</sup> di imputazione delle circostanze aggravanti *ex art.* 59 c.p. Dalla lettura coordinata

---

*responsabilità come di una risposta sanzionatoria davvero personale (non la pena-tariffa)>>.* Si osserva, inoltre, come sia pacificamente ritenuta in dottrina una lesione del principio di colpevolezza <<sia attraverso la punizione per fatti incolpevoli, sia attraverso punizioni eccessive rispetto alla misura della colpa>>:così PULITANO', *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Ius*, 1974, p. 520.

<sup>227</sup>Trattatasi di <<specialprevenzione in senso negativo-difensivo>>; così ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 90.

<sup>228</sup>Cfr. ROMANO-GRASSO *Commentario sistematico, op. ult. cit.*, pp. 85 e 90 per il quale viene in tal modo accordato <<particolare rilievo all'autore del reato, avvalendosi nella specie di categorie criminologiche per delineare delle qualificazioni soggettive di pericolosità sociale, in marcata funzione di difesa sociale in senso specialpreventivo, alla ricerca di una prevenzione speciale contrassegnata da uno sfondo di negativa neutralizzazione>>, così come le caratteristiche dedicate all'istituto apparivano come <<segni evidenti della ricerca normativa di meri sintomi o indici astratti di pericolosità del soggetto, con palese trascuratezza del singolo reato del caso concreto>>.

<sup>229</sup>DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, cit., p. 22.

<sup>230</sup>Prima della riforma del 1974 questa posizione era assunta da LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., *passim*, spec. p. 242 ss, per il quale la recidiva è una <<circostanza della colpevolezza>> riflettendo <<un diverso grado di disubbidienza ad un medesimo comando disobbedienza caratteristica di una certa personalità>>; contra ANTOLISEI, *Teorie e realtà della pena*, in *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, p. 202 ss., per il quale essa rappresenta invece la conferma emblematica della funzione specialpreventiva che la pena assume nel nostro ordinamento. Dopo la riforma del 1974, nel primo senso MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 893, PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, p. 359.

<sup>231</sup>Espressione usata da PADOVANI, *Codice Penale*, Milano, 2005, p. 541.

degli artt. 99 e 59 c.p. è stato invero sostenuto che il disvalore della recidiva andrebbe rinvenuto solo laddove l'agente abbia commesso il nuovo illecito conservando, o potendo conservare <<memoria> del monito nascente dalla previa condanna<sup>232</sup>. Sulla base di ciò la *ratio* dell'istituto veniva vieppiù individuata<<nella violazione del dovere di emenda nascente dalla condanna>>, quindi nell'ambito di una valutazione di maggior colpevolezza<sup>233</sup>.

Ad esso si contrappone altro filone interpretativo, nel cui ambito si annoverano coloro i quali rinvencono una connotazione specialpreventiva dell'istituto, espressivo di una più intensa pericolosità<sup>234</sup>, con una collocazione dell'istituto in ambito propriamente prognostico, indicativo di una maggiore *capacità a delinquere*, ovvero di una maggiore pericolosità, del reo<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup>AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*., cit. p. 44.

<sup>233</sup>Così si esprime DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, cit., p. 157; di analogo tenore, pur se con qualche differenziazione, BETTIOL, *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Ind. Pen.*, 1979, p. 365 ss.; ID., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, p. 670; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 737; MAZZA, *Recidiva*, cit. p. 72 ss; BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, 8 ed., Milano, 1994, pp. 188-189; SERIANNI, *op. cit.*, p. 372; PITTARO, *Recidiva*, cit., p. 366. Per MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Ridpp*, 1987, p. 86 la recidiva sembra nondimeno inserirsi in una dimensione retrospettiva, tesa a valorizzare un rapporto essenziale tra la nuova esperienza giudiziaria e la pregressa nell'ambito di un giudizio più generale su vita e condotta del reo successive al primo giudicato.

<sup>234</sup>In tali termini, ANTOLISEI, convinto assertore della funzione specialpreventiva della pena, di cui la recidiva costituirebbe espressione emblematica. Si noti tuttavia che in *Manuale di diritto penale, parte generale*, 13 ed., a cura di CONTI, Milano, 1994, alla nota 39, pag. 609, quest'ultimo A. riconosce che l'introduzione del regime di facoltatività della recidiva porti conferma alla tesi, sostenuta da DELL'ANDRO, della colpevolezza d'inclinazione. Sostenitore della funzione specialpreventiva è anche BENINI, *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giust. Pen.*, 1978, II, cc 471-472. Per PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 1996, pp. 475-476 il fondamento dell'aggravio sanzionatorio di individuerrebbe <<nel fatto che la misura della pena inflitta per il precedente si è dimostrata insufficiente a distogliere il reo dal commetterne altri>>. Per la più complessa posizione, individuante il fondamento della recidiva in uno *status* di 'pre-pericolosità', quindi in un'ottica preventiva, pur ritenendo insussistenti gli ostacoli ad un inserimento anche nella dimensione della colpevolezza, attesa la polifunzionalità della pena, si rinvia a GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi Senesi*, 1978, p. 64.

<sup>235</sup>Ci sono Autori che propendono per il riconoscimento in tale istituto di alcuni caratteri di prevenzione speciale quali la genericità, la perpetuità e la facoltatività: cfr. PADOVANI *Diritto penale*, 2002, cit., p. 247 Per maggiori approfondimenti delle diverse posizioni ricostruttive, si rinvia a MAZZA, *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 72 ss, e RICCIO, *Recidiva*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 1052 ss.

Relativamente a quest'ultima soluzione esegetica, si è sostenuto anche una natura bidimensionale della capacità a delinquere, come matrice interpretativa e *ratio* della recidiva, da intendersi sia in chiave repressiva, che in prospettiva prognostico-preventiva<sup>236</sup>.

Nel suddetto ambito, appare di immediata evidenza tuttavia la necessità di definire compiutamente il corretto significato da attribuire alla categoria della capacità a delinquere, problema la cui rilevanza impone tuttavia trattazione autonoma e separata che sarà sviluppata *infra*, § 3 e 4.

L'approccio al problema del ruolo correttamente attribuito dall'ordinamento all'istituto della recidiva non è nuovo, riconoscendosi che l'unico criterio interpretativo utilmente individuabile risiede nella funzione specifica assegnatagli

---

<sup>236</sup> Nota ricostruzione ermeneutica abbracciata da MANTOVANI, *Diritto penale*, 3 ed., cit., cit. p. 661 ss; ID., *Il problema della criminalità*, cit., p. 598; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 410; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 110 ss.; DINACCI, *Ancor incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giust. Pen.*, 1988, p. II, c. 67; anche NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 338, e PADOVANI, *Diritto penale*, 2002 cit., p. 248, pur non utilizzando la categoria della capacità a delinquere, connotano la discrezionalità operante nel giudizio sulla recidiva ad un duplice parametro, retributivo e special-preventivo. Incerto circa l'inquadramento <<tra un'interpretazione di orientamento retrospettivo e retribuzionistico e un'altra in chiave di prognosi e prevenzione speciale>> PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307. Per RAMACCI, *Corso di diritto penale. II. Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, 1993, p. 28, mentre la capacità a delinquere viene ritenuta oggetto di un giudizio sia in chiave prognostica che di tipo diagnostico, colloca la recidiva nel quadro di quest'ultimo giudizio. Ad opposta conclusione giunge invece FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Torino, 1995, p. 39, il quale sottolinea la vocazione spiccatamente special-preventiva della recidiva, ritenuta indice di più accentuata capacità a delinquere del reo. In parte differenti le conclusioni di MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VI, Roma, 1988, n. 4.2.2., p. 4, il quale, pur rifiutando sia una collocazione della recidiva nell'alveo della colpevolezza, che nel contempo una assimilazione della stessa alle forme qualificate di pericolosità, la ritiene nondimeno sintomo di maggior capacità criminale del soggetto. In termini più sfumata la posizione di CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, 1996, p. 282, che osserva come la polifunzionalità della pena lasci aperta ogni contrapposta soluzione in ordine alla *ratio* della recidiva. Lo stesso A. aveva tuttavia in precedenza (*Note sulla discrezionalità del giudice, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Scritti in memoria di Gerolamo Bellavista*, vol. , in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 679) ricondotto la recidiva nell'alveo di una <<colpevolezza d'inclinazione>>.

dall'ordinamento<sup>237</sup>, e tale è stata spesso individuata nel rinvio ai criteri indicati dall'art. 133 c.p..

Il problema, lungi dal trovare soddisfacente soluzione, veniva dunque traslato nel più vasto ambito della ricerca teleologica volta ad individuare gli scopi della pena, alla luce dei quali il giudice è tenuto ad utilizzare i criteri dell'art. 133 c.p.<sup>238</sup>.

Se dal sommario quadro dottrinale, sopra delineato, si appalesa la mancanza di concordi ricostruzioni funzionali dell'istituto, non è lecito addivenire a soluzioni più appaganti dall'esame della giurisprudenza di legittimità sul punto. Di converso, si è spesso evidenziata la sussistenza di una vera e propria resistenza da parte del Giudice, cui spetta la suprema funzione nomofilattica, ad una decisa presa di posizione sulla questione<sup>239</sup>. Le decisioni della Suprema Corte spaziano infatti da affermazioni di superfluità in ordine alla questione prospettata, a sottolineature circa un necessario accertamento del legame psicologico tra le condanne, alla sussistenza di 'insensibilità etica', corroborata dalla commissione di un reato dopo una precedente condanna, piuttosto che di 'maggiore capacità a

---

<sup>237</sup>DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 147 ss. A seguito della riforma del 1974 tale natura bivalente della recidiva non è venuta meno: ad una ricostruzione imperniata sull'individuazione del maggior disvalore della recidiva nella "maggiore colpevolezza del fatto" del soggetto recidivo (così ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 91), si contrappone l'inquadramento della stessa nella categoria della capacità a delinquere <<vista come oggetto di un giudizio prevalentemente di prognosi>>: così VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., p. 65, il quale peraltro anche in tempo precedente a tale riforma ebbe a sostenere la tesi per cui la capacità a delinquere avrebbe rappresentato nel nostro ordinamento <<il fulcro stesso della prevenzione>>; ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Ridpp*, 1961, p. 334.

<sup>238</sup>In generale, sul problema della discrezionalità nel diritto penale, vd. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. p. 100; DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, cit., p. 265; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 18 ss.; Si rileva sul punto che la recidiva, così come gli indici commisurativi ex art. 133 c.p. non recano in sé stessi <<un orientamento univoco in senso aggravante, che aspetta invece di ripetere dalla valutazione complessiva, in direzione vuoi diagnostica-retributiva, vuoi prognostica-preventiva, della personalità dell'agente>>: così DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 110 ss.

<sup>239</sup>L'osservazione è di VIRGILIO, in *Codice penale. Parte generale*, 2 ed., a cura di Bricola-Zagrebelsky, vol. II, Torino, 1996, p. 475.



delinquere', di 'pericolosità' ovvero di attitudine alla commissione di nuovi reati: un *mixtum compositum* in cui si può trovare conforto ad ogni contrapposta soluzione<sup>240</sup>.

Tale atteggiamento, volutamente rinunciatorio ad enucleare criteri applicativi e fattori giustificativi dell'aggravio trattamentale riservato al recidivo, risolvendosi le decisioni nelle solite formule di stile rimandanti a motivazioni di assoluta genericità, non ha quindi contribuito ad alleggerire la coltre di dubbi ermeneutici che avvolge l'istituto, ed appare sicuramente inaccettabile nella sua tautologicità.

Dai suesposti orientamenti è invero emerso spesso volte il riferimento, come prima accennato, ai parametri di cui all'art. 133 c.p.: ignorando per il momento il problema della identificazione di rimando del contenuto dei suddetti criteri, l'importanza di tale collegamento funzionale, per ciò che interessa alla nostra trattazione, è apprezzabile qualora ci si ponga nell'ottica appunto di un inquadramento della recidiva, quale figura di qualificazione della capacità a delinquere.

Senza voler anticipare quanto sarà esposto *amplius*, tale assunto pare peraltro a noi soluzione più corretta, in quanto resistente alla verifica condotta in base ad una visione sistematica del nostro sistema punitivo, illuminata dai principi costituzionali e politico criminali<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup>La rassegna sarebbe troppo ampia in questa sede: ci limitiamo ad alcune indicazioni per tutte: sulla superfluità dell'apprezzamento, Cass. Sez. V, 21 agosto 1975, Di Giorgio, in *Cass. Pen. mass. Ann.*, 1976, p. 1082; paradigmatica, in certo qual modo, dell'atteggiamento successivo all'introduzione del regime di facoltatività, considerata <<*davvero singolare*>> da DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice (dir. process. Pen.)*, cit., p. 763; per la persistenza di stimoli criminogeni tra la prima e la successiva condanna, legittimante la constatazione di una perdurante inclinazione al delitto, da ultimo Cass., sez. I, 11 maggio 1984, Greco, in *Mass. dec. pen.*, 1984, p. 1194; per le altre prese di posizioni, per tutte, Cass. sez. VI, 5 settembre 1974, Mele, in *Cass. Pen. mass. Ann.*, 1976, p. 164.

<sup>241</sup>Posizione dubitativa si rinviene in PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 16, rileva come accogliendo siffatta identità tra i criteri sottesi alla recidiva ed al giudizio *ex art.* 133 c.p., deriverebbe una illegittima duplice utilizzazione degli stessi parametri, prima in sede di aumento sanzionatorio infraeditale, in un secondo momento a seguito dell'applicazione della recidiva come circostanza. Vedremo che

Si può per il frattempo compendiare la prevalente posizione assunta dalla Cassazione, nel senso di riconoscere al giudice il compito di stabilire, in base agli elementi previsti dall'art. 133 c.p., se tale ricaduta sia espressione di tali fattori di aggravamento oppure sia accidentale, sulla base ad esempio del tempo trascorso o dei motivi contingenti che la occasionarono<sup>242</sup>. Tale ricostruzione è stata fondata sull'esame delle modifiche legislative intervenute nella configurazione dell'istituto: viene infatti asserito che, mentre nella sua versione originaria la recidiva mostrava segni evidenti della ricerca da parte del legislatore di <<meri sintomi o indici astratti di pericolosità del soggetto, con palese trascuratezza del caso concreto>>, come dimostrato dalle caratteristiche di genericità, perpetuità e soprattutto obbligatorietà, con la riforma del 1974, insieme alla facoltatività si è introdotta <<la doverosità della ricerca da parte del giudice, accanto al presupposto formale della precedente condanna di diversi ed ulteriori fattori che, in assenza di specifiche indicazioni legislative contrarie, sembra siano da individuare in prevalenza in quelli relativi alla colpevolezza del fatto>><sup>243</sup>.

Secondo la succitata impostazione, che riconduce la recidiva sotto l'alveo della colpevolezza, ritenendo che siano <<le valenze costituzionali del sistema penale, con l'accentuazione del significato del principio di colpevolezza, a non consentire di ritenere conservata la preponderanza dell'aspetto specialpreventivo>>, è pur vero che gli elementi che il giudice dovrebbe valutare in virtù di detta ricostruzione funzionale dell'istituto sono di difficile definizione. Dovrebbero invero rappresentare segni rappresentativi della medesima <<indifferenza verso le regole del vivere comune>><sup>244</sup>, ovvero palesare la ribellione di un soggetto che ha avuto possibilità concrete di reinserimento sociale che non ha voluto o potuto sfruttare, *et similia*. Appare evidente che il discorso si complicherebbe

---

proprio tale impostazione circostanziale sta e cade sul presupposto – anche – della riconduzione della recidiva nell'ambito della capacità a delinquere piuttosto che in quella della colpevolezza.

<sup>242</sup> Cass. 22.11.1974, in *Ridpp*, 1976, p. 303, nota PEDRAZZI.

<sup>243</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 91

<sup>244</sup> Per dette considerazioni, *vd.* ROMANO, in ROMANO GRASSO, *op. ult. loc. cit.*

decisamente, qualora il giudice dovesse effettuare tutte queste considerazioni, senza dimenticare che questi non sarebbe neppure in grado di ritenere la maggior gravità della ribellione e quindi di colpevolezza (ad esempio, come potrebbe sapere se realmente il soggetto sia rimproverabile per non avere approfittato delle possibilità di reinserimento propostegli?). Senza contare, inoltre, che la risocializzazione non deve considerarsi una imposizione ma una offerta di opportunità: il nostro ordinamento costituzionale punisce infatti la causazione colpevole di un fatto di reato, non di una mancata adesione ad un programma rieducativo.

Riteniamo quindi, in via generale, che quanto più ci si allontana dall'alveo del basilare principio di *colpevolezza per il singolo fatto*, tanto maggiore saranno i rischi di ricadere in malcelate forme di responsabilità per la condotta di vita o per il carattere, o comunque di diritto penale di autore, tanto paventate in astratto, quanto 'addomesticate', anche per il tramite delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali, in concreto.

Anche estraendo dalle caratteristiche tecniche dell'istituto indicazioni univoche circa la sua giustificazione funzionale, non ostando, almeno in tale settore, una espressa nomenclatura legislativa (come accade in ordine alla sua natura giuridica), paiono invero numerosi e degni di maggiore considerazione i segni di una appartenenza della medesima all'area specialpreventiva, in particolare quale esigenza di individualizzazione della pena alla personalità del reo, quale espressa peraltro dal comma 2 n. 2 dell'art. 133 c.p., laddove enuncia il requisito della capacità a delinquere quale indice di commisurazione in senso stretto della pena<sup>245</sup>. Per meglio valutare tale affermazione, risulta ora opportuno procedere alla ricognizione della funzione di tale controversa qualificazione giuridica.

---

<sup>245</sup>Si è visto *supra*, che anche nella dottrina che propende per la riconversione del fondamento della recidiva in termini di colpevolezza per il fatto si afferma peraltro che la recidiva, lungi dal configurare un caso di <<sovranità giurisdizionale>>, <<è stata ricondotta nell'alveo della

### 3. I rapporti tra recidiva e teoria della commisurazione giudiziale della pena.

Nell'ambito della moderna dogmatica della commisurazione della pena, pur risultando numerosi i contributi succedutisi circa il ruolo e la funzione svolti dal principio di colpevolezza in suddetto ambito, in termini di gravità del rimprovero cui si ricollega la entità sanzionatoria, può tuttora dirsi non raggiunta sul punto una soluzione univoca<sup>246</sup>.

In estrema sintesi, è possibile tuttavia isolare due filoni fondamentali di pensiero: il primo di essi, propenso alla conservazione di quel significato retribuzionistico, che per tanto tempo ha dominato l'idea stessa della funzione punitiva, postula il riconoscimento alla colpevolezza di un ruolo non solo limitativo dell'intervento punitivo statale<sup>247</sup>, ma fondante, seppure non ritenuto più di tipo esclusivo, mentre l'altro orientamento assegna alla colpevolezza un mero ruolo limitativo di una pena orientata a finalità specialpreventive<sup>248</sup>.

Quest'ultima corrente di pensiero, che rappresenta anche la dottrina dominante, individua nello *Schuldprinzip* una duplice funzione delimitativa dei confini della

---

*commisurazione della pena (in senso lato, in quanto è possibile l'extraeditività)>>>in questi termini, ROMANO, in ROMANO GRASSO, op. ult. cit., p. 91.*

<sup>246</sup> Sul tema, tra gli altri, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979. Per una ricostruzione teologica della teoria della commisurazione, vd. MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1974 e MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 207 ss.

<sup>247</sup> Vi è sostanziale convergenza nel mondo scientifico sul riconoscimento del <<principio di colpevolezza come criterio di delimitazione dell'intervento penale, in funzione di garanzia dell'individuo di fronte alla coercizione legale>>: cfr. PULITANO', *Aspetti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1981, p. 87. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Ridpp*, 1988, p. 23- 24, rileva come la stessa esigenza della colpevolezza sarebbe ribadita in funzione della realizzazione della finalità rieducativa: "il superamento di una concezione <<eticizzante>> della giustizia penale attraverso il passaggio della colpevolezza da fondamento a limite, e la <<secolarizzazione>> ulteriore del diritto penale (...) conduce all'assunto secondo cui ogni colpa richiede la sua pena, <<pena corretta è solo quella necessaria>>, ove la necessità va rapportata a valutazioni di prevenzione generale e speciale".

<sup>248</sup> Sul punto cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, pp.553-4, nota 69; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, 1996, vol. I, sub pre-art. 39, p. 304.

responsabilità penale: come criterio di ascrizione soggettiva del fatto al soggetto, lo stesso limiterebbe la punibilità alle sole condotte che di tale coefficiente psicologico siano connotate; sul piano commisurativo della pena, esso costituirebbe comunque limite rispetto ad una pena finalizzata a scopi preventivi<sup>249</sup>.

Ne consegue che il criterio informatore dell'opera del giudice nella determinazione concreta della pena andrebbe, per tali autori, individuato nella sola finalità preventiva assegnata dall'ordinamento alla sanzione penale<sup>250</sup>, mentre ruolo della colpevolezza sarebbe quello di garantire che considerazioni di ordine preventivo non possano condurre all'irrogazione di una pena superiore al confine segnato dalla colpevolezza del soggetto rispetto al singolo fatto.

Per taluni sostenitori di questa corrente interpretativa, tale soluzione sarebbe supportata dallo stesso dettato costituzionale, ovvero sarebbe il principio rieducativo, sancito dall'art. 27 comma 3 della Cost., a consacrare tale criterio

---

<sup>249</sup>Si rifanno a tale corrente di pensiero BRICOLA, *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1977, pp. 173-74; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p.836; MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., p. 254; PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 10. Nella letteratura straniera, vd. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, p. 22; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p. 1 ss.; ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, pp. 60-61 (trad. it. A cura di Moccia S. di *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1973); ID., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza* in *Ridpp*, 1980, pp. 373-374.

<sup>250</sup>Si riscontrano tuttavia differenziazioni anche all'interno di tale opinione, tra coloro i quali ammettono un ruolo autonomo anche della prevenzione generale quale criterio finalistico nel giudizio di commisurazione della pena, e coloro che, viceversa, lo escludono. Tra i primi, citiamo PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Ridpp*, 1981, p. 25 ss e MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, spec. p. 94 ss.. Nel secondo indirizzo, tra gli altri, si trovano DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 219 ss; ID., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Ridpp*, 1981, p. 47; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 736 ss; HASSEMER., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 125 ss.; MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia* in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 1985, pp. 359-360; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 736 ss.; ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del Codice penale italiano*, cit., p. 161 ss.; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., vol. II, sub art. 133, pp. 327 ss.

finalistico nella commisurazione della pena<sup>251</sup>, mentre, su un piano strettamente dogmatico, ciò indurrebbe a privare la colpevolezza, intesa come indice di commisurazione della pena, da ogni fondamento di tipo retributivo<sup>252</sup>.

Accettando simili premesse, ovvero assegnando alla colpevolezza una mera funzione limitativa, si dovrebbe coerentemente trarre la conseguenza, sul piano della individuazione della *ratio* della recidiva, di ritenere che siano esigenze di ordine specialpreventivo, quali la necessità di un più lungo trattamento rieducativo, a legittimare l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per essa previsto, rimanendo estranea ogni valutazione di ordine retributivo.

---

<sup>251</sup>Per un esame della dottrina contrastante con tale ricostruzione, vd. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 93 e ID., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Ridpp*, 1981, p. 48 ss. Vd. anche FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Ridpp*, 1979, p. 836; EUSEBI, *La <<nuova>> retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Ridpp*, 1983, p. 914 e ss, e *La <<nuova>> retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, ibidem, p. 1315 ss; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Ridpp*, 1997, 3, p. 811 ss.; ID., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; MONACO, *Prospettive dell'idea dello <<scopo>>nella teoria della pena*, Napoli, 1984 p. 259 ss.; Pare tuttavia che tale lettura sia stata accolta anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: vd. Sent. 313/1990, in *Foro. It.*, 1990, I, c. 2385 ss. con note di FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, e TRANCHINA, *"Patteggiamento" e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, in cui si afferma che la finalità rieducativa deve essere posta a base non solo dell'esecuzione, ma anche della commisurazione della pena. Tale svolta avrebbe comportato, per i sostenitori di detta tesi, un vero e proprio superamento della concezione polifunzionale della pena. Su tale argomento, cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. 125; PAVARINI, *Lo scopo della pena* in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, pp. 303-304; STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo Codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Milano, 1993, p. 317 ss; TAGLIARINI, *Ripensamento su alcuni rapporti fra imputabilità, colpevolezza e pericolosità*, in *Colpevolezza Pericolosità Trattamento. Profili storici e problemi attuali*, Bologna, 1993, p. 21 ss. Nella dottrina tedesca è stato ROXIN che ha maggiormente perorato la tesi della funzione dello *Schuldprinzip* come criterio per la delimitazione di una pena che deve essere determinata da valutazioni di ordine preventivo: Cfr. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Ridpp*, 1980, p. 369 ss., e *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Ridpp*, 1984, p. 16 ss. Per una ricognizione del pensiero di Roxin sul ruolo del principio di colpevolezza come criterio commisurativo della pena, si vedano MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. Pen.*, 1981, p. 155 ss.; PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Ridpp*, 1987, p. 798 ss. Per una lettura in chiave critica, vd. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., p. 149 ss.

<sup>252</sup> Cfr. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, cit., p. 374.

Si obietta che<sup>253</sup>, aderendo al modello ‘preventivo’ di commisurazione della pena, rimarrebbe aperta la questione se i precedenti penali- e con essi la recidiva- possano includersi, quali indici di colpevolezza per il fatto, tra gli elementi che il giudice considera al fine di determinare il limite massimo della pena (appunto determinato dal grado di colpevolezza), nell’ambito di una doppia valutazione – c.d. *Doppelrelevanz* – dapprima sul piano specialpreventivo, e quindi in relazione alla colpevolezza. Tale operazione viene tuttavia esclusa, in quanto una doppia valutazione delle caratteristiche attinenti alla personalità del reo risulterebbero pregiudizievoli per <<la razionalità e controllabilità della scelta commisurativa>><sup>254</sup>.

Accogliendo quindi il modello preventivo circa la commisurazione della pena, si osserva come <<sulla base di simili considerazioni appare palese l’insanabile contrasto in cui verrebbe a porsi il c.d. modello “preventivo” con una lettura della recidiva come figura circostanziale fondata su presupposti che sono espressione di una più intensa colpevolezza per il fatto>><sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Vd. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 251.

<sup>254</sup> Così FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p. 879. Gli Autori che rilevano tale contrasto, connotando il principio di colpevolezza di una funzione limitativa sul piano della commisurazione giudiziale di una pena, intesa come orientata alla rieducazione, derivano da tale impostazione l’esigenza di una analitica precisazione dei fattori suscettibili di assurgere a indici di colpevolezza per il fatto, in modo da evitare una doppia valutazione di caratteristiche inerenti alla personalità del reo. Osserva inoltre DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 312 che valutare i precedenti penali come indici aggravatori della colpevolezza <<si presta a fornire una efficace “copertura” a scelte operate in una logica di colpevolezza per la personalità, e motivate in termini di colpevolezza per il fatto>>. Sempre DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 310 ss., estromette dal giudizio di colpevolezza le condotte antecedenti al reato. In tal senso, pur sostenendo <<la sterilità sul piano della recidiva di una pena orientata all’integrazione sociale>> anche MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 134, il quale ritiene precluso ogni inquadramento fondato su presupposti di tipo retributivo o intimidativo, in quanto configgenti con il fine rieducativo, che deve guidare il giudice nel commisurare la pena.

<sup>255</sup> Così AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 252, che rileva come tale assunto trovi conferma nell’esperienza tedesca dell’*Alternativ Entwurf*, in cui la mancata previsione di un inasprimento sanzionatorio per la recidiva si giustificava appunto per l’incompatibilità di simile scelta con una funzione della *Tatschuld*, intesa senso limitativo in sede commisurativa della pena. Su medesimi presupposti si fondavano le posizioni critiche rispetto al § 48 StGB.

Abbiamo però visto che altra corrente dottrinale si pone invero su divergente prospettiva interpretativa circa il ruolo della colpevolezza nel giudizio di commisurazione della pena, ed alla cui stregua essa si porrebbe non solo come limite, ma anche come *fondamento* del momento commisurativo giudiziale.

Secondo tale diverso orientamento dottrinale, la colpevolezza, in fase commisurativa della pena, non svolgerebbe un mero ruolo limitativo di una sanzione dominata dalla finalità preventiva, ma assumerebbe valore fondante e funzione costitutiva della pena stessa<sup>256</sup>.

I presupposti da cui muove questa corrente di pensiero non sono in realtà univoci, ma possono ricondursi a due fondamentali chiavi di lettura: la prima individua, al fondo del ruolo costitutivo della colpevolezza, il riflesso dell'istanza retributiva assegnata alla sanzione<sup>257</sup>. Altra variante di tale corrente ermeneutica tende invece a superare il nesso tra ideologia retribuzionistica e principio di colpevolezza, sostenendo che tale distacco non comporta *ipso iure* l'abbandono del ruolo fondante della stessa nella fase di commisurazione della sanzione. Per i fautori di quest'ultima opzione ermeneutica <<l'irrogazione della pena avviene per una finalità di prevenzione generale, ma secondo la misura segnata dal *criterio*

---

<sup>256</sup>In tale corrente di pensiero si inseriscono PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., p. 833; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi, dogmatici contemporanei*, Milano, 1985, p. 560; ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del Codice penale italiano*, cit., p. 167. Nella dottrina tedesca, KAUFMANN ARTH, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes*, in *Strafrecht*, in JZ, 1967, p. 557; HASSEMER., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. Pen.*, 1982, pp. 57-58. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 1996, sub *pre-art.* 39, n. 69, p. 304, e DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 553-554.

<sup>257</sup>Come noto, per la Scuola Classica, dal principio del libero arbitrio derivava, come logico corollario, l'idea della colpevolezza come presupposto indefettibile per l'inflizione della pena. Cfr. a tal proposito CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979, p. 39 ss; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p.117; EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 1315 ss.; MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Ridpp* 1988, 48 ss.; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., p. 174 ss.



retributivo della proporzionalità alla colpevolezza del fatto>><sup>258</sup>. Importa sottolineare come, anche dalla individuazione del corretto inquadramento della colpevolezza nella fase di commisurazione della pena, nei termini di sua funzione costitutiva o meno, assume valore decisivo per l'individuazione della *ratio essendi* della recidiva.

A ulteriore complicazione del quadro ora prospettato, va tuttavia osservato come, anche all'interno dei fautori di una ricostruzione della colpevolezza come fondamento della pena, si individua una ulteriore ripartizione tra coloro i quali escludono totalmente la possibilità di valutazioni general o special-preventive nella fase commisurativa in senso stretto – rinviandone l'influenza in una fase successiva, ad esempio per la concessione o meno della sospensione condizionale<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup>Così ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del Codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p.179. Al riguardo, cfr. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, cit., p. 560, per il quale <<assumere il principio di colpevolezza a fondamento della pena significa attribuire a quest'ultima caratteri retributivi, compensativi del male recato dall'autore nella misura in cui si è riflesso nella "cattiva volontà" del reo; più in radice, la colpevolezza quale fondamento della pena proietta il sistema penale in una prospettiva eticizzante, al centro della quale sta l'uomo come soggetto di responsabilità morale, inteso quindi nella sua caratteristica capacità di autodeterminazione al 'male' e al 'bene'. In siffatta accezione il principio di colpevolezza affonda le sue radici costituzionali nel sovraordinato principio dell'intangibilità della dignità umana: il suo fondamento costituzionale può dirsi quindi sostanziale-personalistico>>. Per MANTOVANI, *Diritto penale*, 3° ed., cit., p. 796 rimane invece fermo il nesso tra funzione retributiva della pena e quantificazione della sanzione concretamente applicabile. Da altra dottrina è stato invece sostenuto che la rifondazione in senso generalpreventivo della colpevolezza, operata da alcuna dottrina, costituirebbe in realtà riflesso di istanze retributive: cfr. EUSEBI, *La "nuova retribuzione*, cit., p. 1333. Tali posizioni si rifanno al c.d. approccio "funzionale" al concetto di colpevolezza – *Funktionaler Schuldbegriff* – sostenuto principalmente da JAKOBS (tra gli altri, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 32), per il quale la colpevolezza costituirebbe mero derivato della prevenzione generale. Per un esame della tesi da tale A. sostenuta cfr., per tutti, ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, I, 1996, cit., sub pre-art. 39, n. 70, p. 304. Vd. anche BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, Padova, 1984, p. 43; PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Ridpp*, 1979, pp. 1191-1192.

<sup>259</sup>Costoro aderiscono al c.d. modello bifasico, ispirato alla teoria gradualistica *Stellenwerttheorie* elaborata da HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969, *passim*.

Ulteriore corrente di pensiero, invece, pur attribuendo alla colpevolezza il ruolo principale in tale fase, si contrappone a tale chiusura nei confronti di considerazioni specialpreventive, ammettendone l'ingresso anche nella commisurazione della pena in senso stretto<sup>260</sup>, seppure in un momento immediatamente successivo alla quantificazione del *quantum* sanzionatorio corrispondente alla colpevolezza. Peraltro, le valutazioni di ordine specialpreventivo giocherebbero un ruolo esclusivamente a favore del reo, nei casi in cui sussistesse l'esigenza di non desocializzare lo stesso, imponendo al giudice di irrogare una pena minore all'entità che sarebbe segnata dal livello di colpevolezza.

Sulla base di serrati rilievi critici, è stata tuttavia evidenziata non solo la difficile compatibilità della ricostruzione della recidiva come indice di elevazione della colpevolezza (*Schulderhohungsgrund*) e l'odierna elaborazione di una teoria del reato e della commisurazione della pena, ma anche la difficoltà di provare e trasferire tale interpretazione sul piano della concreta applicazione giudiziale, dovendo per tale via essere il giudice ad indagare se, dalla precedente condanna, possa desumersi con certezza la più intensa colpevolezza per il nuovo fatto di reato<sup>261</sup>.

Venendo dunque, sulla base di quanto premesso, all'analisi degli artt. 132 e 133 c.p., che rispettivamente conferiscono al giudice penale il potere discrezionale<sup>262</sup> di commisurazione della pena, ed elencano i criteri cui lo stesso

---

<sup>260</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., *sub* art 133, pp. 34 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. In argomento, *vd.* anche NESPOLI, *Riflessioni brevi sulla sanzione penale nei suoi rapporti con lo scopo di prevenzione generale e speciale*, in *Giust. Pen.*, 1983, I, p. 310; sull'effetto di prevenzione generale sortito dalle sanzioni penali, *cfr.* PAGLIARO, *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in *Ridpp*, 1986, p. 351; ID., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Ridpp*, 1981, p. 447.

<sup>261</sup> Per approfondimenti, *cfr.* AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 259 ss.

<sup>262</sup> Sulla discrezionalità, che il giudice deve esercitare <<nei limiti fissati dalla legge>> e del cui corretto uso è tenuto a dar conto nella motivazione, *vd.* BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in *Il Tommaso Natale*, I, 1975, p. 141; MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947; VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice*

dovrà attenersi in questa sua delicata funzione, non possiamo esimerci dal notare come, in maniera quasi speculare, si ripropongono anche in tale analisi le controversie interpretative già evidenziate nel settore della recidiva.

Questo infatti accade perchè i criteri indicati dall'art. 133 c.p. sono destinati a guidare il giudice non solo con riferimento alla *c.d.* commisurazione della pena in senso stretto, ma anche in tutti gli altri casi in cui la legge conferisce ad esso dei poteri '*discrezionali*', ossia il potere-dovere di individuare la regola del caso concreto<sup>263</sup>.

La disposizione di cui all'art. 133 c.p. è stata infatti concepita come vera e propria norma chiave di portata generale, valida quindi come <<*paradigma della discrezionalità*>><sup>264</sup> nell'intero sistema penale. Si è invero rilevato come detti parametri di giudizio, concepiti per guidare la commisurazione giudiziale della pena in un sistema che prevedeva un numero di ipotesi discrezionali notevolmente inferiore rispetto ad oggi, rivelano una predilezione per un giudizio retributivo-retrospettivo, come dimostrato dalla gerarchia dei criteri espressa nel corpo della norma, dove nel proscenio campeggia la figura prioritaria della gravità del reato, mentre solo in seconda fila, in via sussidiaria, si prevede l'influenza di considerazioni di carattere prognostico specialpreventivo, avente ad oggetto

---

nella commisurazione della pena, in AA.VV., *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, 1958, p.727; più di recente, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. p. 73; CONTENUTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 655; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Ridpp*, 1976, p. 369. Sulla commisurazione, vd. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Ridpp*, 1998, p. 78; in un'ottica comparatistica e di riforma, MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena*, 1996, p. 19: ID., *Pena e riti differenziati: la crisi del modello<<unitario>> di commisurazione*, in *Rass. Pen. crim.*, 2000, p. 69.

<sup>263</sup>Così PADOVANI, *Codice penale*, 2005, cit., p. 717; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 73; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 7; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 288. In giur. Cass. VI, 3.9.1996, Moscato, in *Mass. Dec. Pen.*, 205540.

<sup>264</sup>BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. p. 73. Così anche ROMANO in ROMANO GRASSO, *Commentario sistematico*, 2005, cit. p. 328 ss. Lo stesso A. ricorda tuttavia che a seconda del singolo istituto, a base discrezionale, la discrezionalità è suscettibile di acquisire portata e significato diversi in ragione della specifica funzione ad essa assegnata: per ulteriori approfondimenti dell'argomento si rinvia alla copiosa bibliografia *ivi* citata.

considerazioni attinenti alla personalità del reo (<<il giudice deve tener conto, *altresì...>>*)<sup>265</sup>.

A seguito della valorizzazione delle componenti costituzionali che governano il settore della pena, *in primis* del fondamentale principio rieducativo assunto a riferimento fondamentale, in tale settore, ad opera della sent. C. Cost. n. 313 del 1990, l'inadeguatezza e l'insufficienza di siffatta impostazione rispetto ai compiti gravosi che le competono mostra tutta la sua evidenza<sup>266</sup>.

Si deve inoltre registrare come la caratteristica della disposizione di cui all'art. 133 come<<*ricca di contenuto ma vuota di fini*>><sup>267</sup> abbia portato ad una strumentalizzazione della norma atta a giustificare, *a posteriori*, scelte rigorosamente repressive o ingiustificatamente clemenziali <<*a seconda delle contingenze di pace sociale o di emergenza nella lotta alla criminalità*>><sup>268</sup>.

È apparsa dunque chiara l'importanza di rinvenire adeguate finalità, al cui perseguimento preporre l'attività giurisdizionale del giudice, atteso che qualsiasi

---

<sup>265</sup>Su tale caratterizzazione e sulla sua plausibilità si occupa la dottrina: cfr. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Ridpp*, 1978, p. 28; EUSEBI, *La pena <<in crisi>>*, Brescia, 1990, p. 127; DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, p. 398.

<sup>266</sup>Si è rilevato invero che le difficoltà derivavano soprattutto dalla molteplicità di esigenze cui il giudice doveva far fronte nelle diverse ipotesi di discrezionalità penale, non potendosi tener in nessun conto di valutazioni di ordine generalpreventivo (quali la necessità di pene esemplari per reati di un certo allarme sociale), pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale: cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 78; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 40; VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Primo corso di perfezionamento uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, p. 744. Ritengono invece che considerazioni generalpreventive debbano presiedere la commisurazione in senso stretto MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, *passim*; PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Ridpp*, 1981, p. 29.

<sup>267</sup>PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 718.

<sup>268</sup>BRICOLA, *Commento all'art. 25 commi 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, p. 269. L'affermazione per cui i criteri indicati dalla norma possano giustificare soluzioni diametralmente opposte, a seconda della prospettiva utilizzata, è comunemente condivisa: cfr. anche DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 19; LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 347; MANTOVANI, *Diritto penale*, 3° ed., cit., p. 795; PADOVANI, *Diritto penale*, 2° ed., 1993, p. 400; ROMANO GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 328 ss.

potere discrezionale può essere gestito solo a seguito della individuazione di tali finalità o funzioni<sup>269</sup>.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, non ha saputo o voluto assolvere un ruolo orientativo in materia, al contrario complicandola ulteriormente, attesa la concezione polifunzionale della pena dalla stessa patrocinata<sup>270</sup>.

La dottrina più attenta ai risvolti costituzionali della commisurazione della pena<sup>271</sup>, ha pertanto tentato di conferire maggiore pregnanza ai criteri di cui all'art. 133 c.p., rivisitandoli assiologicamente alla luce del dettato costituzionale, valorizzando finalmente quei principi di personalità e di rieducazione, confusi fino ad allora nel vuoto dei fini della disposizione, assegnando loro la funzione di concretizzazione degli scopi, al cui perseguimento deve volgersi il potere discrezionale del giudice, soluzione che è poi riuscita a trovare accoglimento anche in sede di giurisprudenza di legittimità<sup>272</sup>.

Nonostante tali acquisizioni, rimangono peraltro le dispute intorno alla possibile convergenza, ovvero alle divergenze, che nel giudizio commisurativo possono sorgere tra i diversi criteri di cui all'art. 133 c.p.<sup>273</sup>.

Riteniamo tuttavia che soluzione corretta sia ancora una volta quella di una lettura <<correttiva>> illuminata dai principi costituzionali, in particolare dagli

---

<sup>269</sup> BRICOLA, *op. ult. cit.* p. 279; DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 34.

<sup>270</sup> C. Cost., 179/73, in *Foro It.*, 1974, I, p. 330; C. Cost., 264/1974, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 2897. In dottrina su tale concetto BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 270.

<sup>271</sup> DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 93 ss; BRICOLA *op. ult. cit.*, p. 269.

<sup>272</sup> Cass., Sez. III, 15.12.1992, Quagliano, in *Mass. Dec. Pen.* 1993, 5, p. 71; Cass., Sez. I, 13.04.1984, Biancini, in *Giust. Pen.*, II, 1984, p. 712; Cass., Sez. I, 12.03.1983, Di Carlo, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 852.

<sup>273</sup> Per la dottrina, il giudice dovrebbe determinare in concreto la pena giusta utilizzando i criteri di cui all'art. 133 nel loro complesso, determinando dunque la regola normativa nella situazione reale: così ROMANO in ROMANO GRASSO, *Commentario sistematico*, 2005, cit., p. 328; DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 242; *contra* la giurisprudenza: tra le molte, Cass., Sez. II, 13.10.1998, Bevilacqua, in *Guida al dir.*, n. 44/1998, p. 104; Cass., Sez. II, 10.05.1996, Romeo, in *Mass. Dec. Pen.* 204768.

artt. 25 *cpv.* e 27 commi 1 e 3 Cost.<sup>274</sup>: dal primo discende il principio di materialità del fatto<sup>275</sup>, che implica non solo la necessità di un accadimento esteriore, ma in una lettura non svilente del dettato costituzionale, che si tradurrebbe in uno svuotamento dei suoi contenuti più dirompenti, esprime propriamente un divieto di utilizzare elementi di giudizio non riferibili al fatto di reato, come e soprattutto ad esempio considerazioni attinenti al tipo di autore ed a sue condizioni sociali o personali. Tale vincolo ha invero non uno, bensì due destinatari: da un lato il legislatore, chiamato a tipizzare nell'illecito un contenuto afferrabile di disvalore, emergente da un accadimento esteriore, cui ancorare una reazione penale proporzionata, dall'altro il giudice, che su detta falsariga dovrà escludere ogni valutazione di accadimenti puramente interiori o riferentisi alla sfera soggettiva del reo<sup>276</sup>. In questo modo si esorcizza il pericolo di punizioni per pure esigenze di difesa sociale, legate alle caratteristiche personali del soggetto (recidivismo) o per esigenze politico-criminali che prescindano della responsabilità per il fatto reato, di marca prettamente preventiva, di tipo generale (allarme sociale) e di tipo speciale. Il principio di materialità del reato ancora la misura della pena al fatto concreto di reato, quello di personalità di converso non consente che il soggetto possa essere costretto a subire un trattamento - anche risocializzativo - che tragga vita dall'esigenza sociale di una sua educazione<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup>Conforme PADOVANI, *Codice penale*, cit. p. 719 ss.; ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p.334 ss.

<sup>275</sup>BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 82; MANTOVANI, *Diritto penale*, 3° ed., cit., p. 157 ss.

<sup>276</sup><<Se l'ancoraggio al fatto regge la scelta della misura edittale della pena esso non può che governare in modo altrettanto dispotico anche la commisurazione in concreto della pena giusta all'interno di quella edittalmente definita>>: così PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 720; ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, p. 75; MICALI, *Il fondamento della pena nell'esegesi dell'art. 27, 3° comma Cost.*, in *Giust. Pen.*, 1991, I, p. 151; SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Ridpp.*, n. 1/1978, p. 6.

<sup>277</sup>ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 49 ss.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano 1991, p. 70; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 264.

A completare il quadro così tracciato intervengono i criteri contenutistici di cui all'art. 27 Cost.<sup>278</sup>, soprattutto per quanto concerne il principio di umanità delle pene, che sottende l'infliczione di una pena che salvaguardi non solo la dignità e la integrità fisio-psichica del condannato, ma anche l'effetto non desocializzante. Attesa la centralità rivestita ancor oggi dalla pena carceraria, con il suo bagaglio di violenza e stigmatizzazione, si deve convenire con quanti sostengono che l'unica pena conforme al principio di stretta necessità, e che salvaguardi il principio di *extrema ratio* della sanzione penale, sia quella corrispondente al principio di stretta necessità, sia nell'*an* che nel *quantum*<sup>279</sup>.

Il principio rieducativo, con esso l'accentuazione della prevenzione speciale <<positiva>> risocializzatrice,<sup>280</sup> sancito dal comma 3 dell'art. 27 Cost., oltre che ricavabile dallo stesso art. 3 comma 2 Cost., impone inoltre che si tenga conto della personalità del soggetto al fine di un adeguamento della pena, nella prospettiva ormai costituzionalizzata di un reinserimento sociale del reo<sup>281</sup>. Si deve sempre al Giudice delle Leggi l'esplicito riconoscimento della valenza costituzionale del principio rieducativo<sup>282</sup> non solo nella fase esecutiva, ma altresì nel momento commisurativo ex art. 133 c.p.<sup>283</sup>. Si ritiene infatti che

---

<sup>278</sup>FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Ridpp*, 1979, p. 222.

<sup>279</sup>MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 83.

<sup>280</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit. p. 334. Sul concetto di prevenzione generale positiva, si rinvia a PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Torino, p. 18 ss.

<sup>281</sup>Sul principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena vedi la fondamentale C. Cost., 364/1988, in *Ridpp*, 1988, p. 706 e Cass., Sez. III, 15.12.1992, Quagliano, in *Mass. Dec. Pen.*, 1993, 5, p. 31.

<sup>282</sup>C. Cost., 487/1989(implicitamente), in *Riv. Pen.* 1991, p. 239; esplicitamente, C. Cost., 313/1990, in *Giur. It.*, I, 1992, p. 1872; v. anche C. Cost., 343/1993 in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2474, nota Brunelli, n. 422/1993, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 1153, nota Richiello, e 341/1994, in *Ridpp*, 1996, p. 783, nota Vecchi.

<sup>283</sup>C. Cost., 11 febbraio 1984, in *Riv. Pen.* 1984, p. 852; Cass., 19 febbraio 1985, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 480; Cass., 3 ottobre 1985, in *Cass. Pen.* 1986, p. 480.

considerazioni di ordine specialpreventivo possano valere solo per una attenuazione della pena commisurata sulla gravità del fatto di reato<sup>284</sup>.

#### **4. L'istituto della capacità a delinquere: interferenze con la ricostruzione funzionale specialpreventiva della recidiva.**

Il significato ed il ruolo sistematico del concetto di '*capacità a delinquere*', nella sua ontologica oscurità e difficile descrizione e definizione<sup>285</sup>, è stato al centro di un vivace dibattito dottrinale che ancora oggi è lontano dal trovare univoche determinazioni<sup>286</sup>. Limitandoci ad un esame della questione limitatamente ai rapporti tra capacità e delinquere e recidiva, attesa l'importanza delle conseguenze derivanti da una identificazione funzionale tra i due istituti, possiamo sinteticamente affermare che le principali opinioni che si scontrano in materia sono tre:

1. si parla di una dimensione <<statica>> della capacità a delinquere, da intendersi come la personalità dell'autore quale si rispecchia nell'azione – quindi in una visione diagnostico-retributiva<sup>287</sup>;

---

<sup>284</sup>Così DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, cit. p. 176; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 802 ss.

<sup>285</sup>Già NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale* 1975, cit., p. 332 definiva la capacità a delinquere come istituto <<che non brilla per eccessiva chiarezza>>.

<sup>286</sup>Per una panoramica dei diversi orientamenti, si rinvia a MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 118 ss.; MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Ridpp*, 1977, p. 1342 ss; RAMAJOLI, *La capacità a delinquere nel sistema penale italiano*, in *Arch. Pen.*, 1970, p. 11 ss; SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, cit., p. 3 ss.

<sup>287</sup>BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1976, p. 372 ss., e PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 124 ss., i quali peraltro considerano gli indici della capacità a delinquere come elementi per graduare la colpevolezza; mentre BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, cit., *passim*, ritiene che la capacità a delinquere debba intendersi esclusivamente come criterio di graduazione della pena; infine vi è chi sottolinea la diversità tra capacità a delinquere e pericolosità sociale, in quanto quest'ultima guarderebbe al futuro, mentre la prima si rivolge al passato, "cioè al prevalere della personalità del reo o delle circostanze esteriori nel momento in cui fu realizzata



2. altro orientamento considera invece la capacità a delinquere in una dimensione <<dinamica>>, in senso prognostico-preventivo, come attitudine del reo alla commissione di futuri reati<sup>288</sup>;

3. tesi intermedia propone quella dottrina che propende per una ricostruzione <<bidimensionale>> della capacità a delinquere, intendendola in senso sia retrospettivo-retributivo, sia prognostico-preventivo<sup>289</sup>.

Ai fautori di un significato prognostico, inteso come capacità alla commissione futura di nuovi delitti<sup>290</sup>, che determinerebbe la misura della pena sempre nell'ambito della cornice segnata dal principio di colpevolezza per il singolo fatto, si contrappone nel quindi altra dottrina<sup>291</sup> che sostiene la traduzione nella capacità a delinquere di un maggior rimprovero in termini di colpevolezza per il fatto commesso<sup>292</sup>.

---

la condotta illecita”: così PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 1996, pp. 493-495.

<sup>288</sup>La dicotomia tra dimensione <<statica>> e <<dinamica>> dell'istituto risale a NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1975, pp. 307-8. Pur con differenziazioni al suo interno, a tale corrente di pensiero si rifanno ANTOLISEI, *La “capacità a delinquere”*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 167 ss; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, 2 ed., Milano, 1947, p. 181 ss; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Ridpp*, 1961 p. 334 ss.

<sup>289</sup>AZZALI, *Profitto e punibilità nella teoria del reato*, in *Ridpp*, 1989, p. 1430 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, 1996, cit., p. 655 ss; NUVOLONE, *Il sistema*, cit., pp. 330-331; PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 252, nt. 102.

<sup>290</sup>ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 591; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, cit., p.181; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze delle pena*, in *Ridpp*, 1961, p. 334; con una particolare posizione, anche MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 125. In giur., Cass., Sez. III, 15.12.1992, Quagliano, cit.

<sup>291</sup>BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 11° ed., 1982, p. 753; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 12° ed., 1986, p. 449; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Milano, 1993, p. 480, ritiene necessario distinguere tra capacità a delinquere e pericolosità, l'una rappresentando espressione del significato della condotta illecita, mentre l'altra incarnando una qualità personale in parte indipendente dalla condotta. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Ridpp* 1972, p. 568 interpreta la capacità a delinquere come criterio di graduazione dell'esigibilità della condotta doverosa, e quindi del rimprovero, mentre per MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Ridpp*, 1977, p.1342, rappresenterebbe espressione del grado di appartenenza del reato alla personalità del reo. In giur., v. Cass., 17 febbraio 1982, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 1134.

<sup>292</sup>Si è da sempre obiettato che la dimensione statica di tale categoria dogmatica porterebbe necessariamente ad una colpa d'autore: Cfr. MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere*, cit., p. 1360 ss. Per un approfondimento della problematica, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 654 ss.; NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. Dir.* XXXII, 1982, p. 805; PADOVANI, *Diritto penale*, 2° ed., Milano, 1993, p. 402.

Tenendo presente che l'istituto, sconosciuto al codice Zanardelli, deve la sua introduzione al codice penale del 1930, a suggello del compromesso raggiunto tra le opposte scuole (classica e positiva) del diritto penale<sup>293</sup>, ed in mancanza di chiare indicazioni desumibili dal testo dell'art. 133 c.p., concordiamo con chi individua correttamente la *ratio* dell'istituto a partire dalla individuazione del ruolo che le diverse funzioni, attingibili tramite la irrogazione della sanzione penale, svolgono nella fase di commisurazione o irrogazione della pena<sup>294</sup>: attesa la complementarietà del criterio della capacità a delinquere rispetto al primario criterio della gravità del fatto del reato, il primo punto fermo è rappresentato dall'intervento di tale principio su una pena già rigidamente prefigurata nel suo aspetto retributivo.

In seconda battuta, preso atto dell'obliterazione dell'aspetto retributivo ad opera del primario criterio della gravità del fatto, di cui all'art. 133 comma 1 c.p., si presenta vieppiù intralasciabile il rilievo da darsi ai principi consacrati dall'art. 27, comma 1 e 3, della Costituzione: considerando che il principio di personalità della responsabilità penale vieterebbe una valenza peggiorativa del trattamento sanzionatorio ad opera di considerazioni di ordine specialpreventivo, conseguenza logica è la rilevanza di tale fattore in una dimensione esclusivamente preventiva, indipendentemente dalla lettura accolta in senso diagnostico ovvero prognostico<sup>295</sup>, ma riteniamo più appropriatamente come attitudine alla

---

<sup>293</sup> A tale riguardo, cfr. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 167 ss; BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 145 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, pp. 128 ss. e 176 ss.; VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari. Conferenze*, II, Milano, 1958, p. 742 ss.

<sup>294</sup> Già LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 350, sottolineava l'importanza, ai fini della corretta interpretazione dell'art. 133 c.p. della <<risoluzione della dibattuta questione della funzione (o delle funzioni) della pena>>.

<sup>295</sup> Per un esame di tali aspetti, si rinvia a MORSELLI, *Il significato*, cit., p. 1361 ss.

commissione di reati futuri<sup>296</sup>, che rileverà comunque solo nei termini di una parziale rinuncia ad una pena strettamente proporzionata al fatto.

Il soggetto è stato infatti già punito con pena proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto, in base al primo parametro di riferimento di cui all'art 133 comma 1 c.p., e analogamente non può punirsi un soggetto per ciò che presumibilmente potrà fare, ma esclusivamente per ciò che ha commesso.

Non pare peraltro privo di rilievo, a conferma dell'assunto cui aderiamo, il fatto che la persistenza di una motivazione criminosa sarà già stata oggetto di considerazione nell'ambito dell'intensità ovvero della quantità dell'elemento psicologico.

Consegue inoltre che, sempre in omaggio al principio di personalità della responsabilità penale, al principio di colpevolezza non potrà mancarsi di riconoscere il ruolo di criterio-guida della commisurazione, rispetto agli indici richiamanti la 'gravità del danno o del pericolo' prodotto dal reato, onde evitare il rischio di accordare rilievo assorbente a preoccupazioni di ordine generalpreventivo, atte a fondare l'irrogazione di pene esemplari nei riguardi della generalità dei consociati, superando il limite segnato dalla colpevolezza<sup>297</sup>. Di conseguenza, anche abbracciando la meno preferibile opzione interpretativa specialpreventiva in senso retrospettivo, unica rilevanza ammissibile sarà in senso

---

<sup>296</sup> Conforme ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 332, il quale rileva come <<molti dei fattori richiamati dall'art. 133, co. 2, infatti, sembrano muoversi (in particolare, i precedenti penali e giudiziari e le condizioni di vita individuale familiare e sociale) nell'ottica di una pericolosità del soggetto per l'avvenire: il compromesso tra scuola classica e scuola positiva, inoltre(...) si realizza qui coerentemente con l'accoglimento dell'istanza retributivo-proporzionalistica nel co. 1 e di quella specialpreventiva nel 2>>.

<sup>297</sup> In merito al ruolo di limite "individual-garantistico" assolto dalla colpevolezza in un diritto penale con finalità "preventive", cfr. ampiamente CASAROLI, *Funzione e commisurazione della pena fra Grundgesetz e Strafrechtssystem*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso-Varano, I, Milano, 1985, p. 642 ss.; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Ridpp*, 1974, p. 358 ss; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 395 ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Ridpp*, 1987, p. 836 ss.

comunque ‘migliorativo’ o ‘diminutivo’ della pena prevista in chiave propriamente retributiva<sup>298</sup>.

Con specifica attenzione al principio rieducativo, di cui al comma 3 dell’art. 27 Cost., esso può dirsi oramai pacificamente destinato ad operare in fase commisurativa, come confermato dalla sentenza n. 313/1990 della Corte Costituzionale<sup>299</sup>, sulla quale anche *supra*, *Capitolo Secondo*, § 3, *sub* nota 249, secondo cui la finalità rieducativa <<*lungi dal rappresentare una generica ‘tendenza’ riferita solo al trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo significato ontologico, accompagnandola da quando nasce, fino a quando in concreto si estingue*>>. A tenore di detta pronuncia, la Corte ha preso dunque espressamente ed inequivocamente posizione circa gli scopi assegnabili alla pena, sancendo il rilievo dirimente della statuizione costituzionale di cui all’art. 27 comma 3, ai fini dell’interpretazione dell’istituto della capacità a delinquere in senso specialpreventivo-rieducativo.

Per quanto concerne, ancora più nello specifico, i fattori di capacità a delinquere rappresentati dai precedenti penali, essi costituiscono emblematicamente indici estranei al fatto di reato, in relazione al quale la pena deve essere irrogata. Appare dunque chiaro come gli stessi non possano costituire base per fondare la misura del rimprovero per il fatto commesso, assumendo più appropriatamente il significato di indici per una prognosi comportamentale del reo nel senso già chiarito.

---

<sup>298</sup>Sui risvolti problematici di tale impostazione, che rischierebbe di evocare in taluni tratti una vera e propria <<*colpevolezza d’autore costituzionalmente inaccettabile*>> e sulla possibilità di una lettura orientata ad una <<*stringente riduzione qualitativa e temporale alla colpevolezza del fatto*>> dei precedenti penali, ma non del fattore del carattere del reo, *vd.* ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit. p. 336, anche per una analisi circa la compatibilità della presenza di elementi general e specialpreventivi nella pena proporzionata alla colpevolezza per il fatto.

<sup>299</sup>C. Cost., 2 luglio 1990 n. 313-Rel. Gallo, in *Foro it.*, 1990, I, cit.

Per autorevole dottrina, i precedenti penali e giudiziari e le condotte antecedenti al reato andrebbero esclusi dal novero degli indici di colpevolezza per il fatto, dacchè il giudice dovrebbe, da una parte, verificare *<<in quale misura il soggetto abbia avuto la possibilità di mettere a frutto gli ammaestramenti ricevuti>>* e, dall'altro, appurare *<<se la esecuzione della pena precedente abbia realmente contribuito alla rieducazione del soggetto>>*<sup>300</sup>. Per tale orientamento dottrinale, quindi, una capacità a delinquere intesa con riferimento al passato sembrerebbe attenere ad una colpevolezza d'autore più che ad una colpevolezza per il singolo fatto, a cui si aggiungerebbe la difficoltà, per gli organi giudicanti, di dedurre dai precedenti giudiziari indicazioni attendibili circa il grado di colpevolezza relativo al nuovo fatto criminoso.

Per altra dottrina<sup>301</sup>, seppur con termini più sfumati, l'interpretazione della capacità a delinquere come riferita al passato reca in sé il rischio di evocare *<<una colpevolezza d'autore costituzionalmente inaccettabile>>*: solo laddove si operasse una riduzione qualitativa e temporale alla colpevolezza del fatto, e con riferimento ai soli precedenti penali – con esclusione del carattere del reo – questi ultimi potrebbero essere valutati quali indici di colpevolezza per il fatto *<<seppure da verificare nel singolo caso, in diretta relazione con il quadro di chiarezza di rappresentazione e di determinazione volontativa dell'agente ('energia criminale') al momento del (e per il ) concreto fatto di reato da giudicare>>*<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> Così DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 306 e ss., part. p. 312. In più, se si attribuisse ai precedenti penali un significato in ogni caso di aggravamento della colpevolezza, si paventa la copertura in tal modo di *<<scelte operate in una logica di colpevolezza per la personalità, e motivate in termini di colpevolezza del fatto>>*. Conforme FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Ridpp*, 1987, p. 879, che afferma *<<per evitare innanzitutto che una doppia valutazione delle caratteristiche inerenti alla personalità dell'agente pregiudichi la razionalità e controllabilità della scelta commisurativa, la nozione di Tatschuld va ritagliata nella maniera più ristretta eliminando dal suo ambito ogni residuo di Täterschuld>>*.

<sup>301</sup> ROMANO in ROMANO- GRASSO *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., pp. 336.

<sup>302</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, *op.ult.cit.*, p.336. Per AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 87 non è possibile fornire una risposta definitiva circa la qualificazione dei precedenti penali come indici di colpevolezza per il fatto (come dovrebbero a suo avviso essere

Venendo dunque ai rapporti tra capacità a delinquere e recidiva, possiamo fin d'ora affermare che gran parte della dottrina è incline a considerare la recidiva come una *species* della capacità a delinquere<sup>303</sup>, in altri termini come una capacità a delinquere aggravata<sup>304</sup>. Sussisterebbe tra le due norme quindi un rapporto di specialità, rappresentando la recidiva un indice di capacità a delinquere più intensa rispetto ai “precedenti penali e giudiziari” di cui all'art. 133 co. 2 c.p.

Appare evidente come, appurata la sussistenza di siffatto rapporto strutturale e funzionale tra le due norme, costituirebbe violazione del *ne bis in idem* sostanziale la illegittima duplice valutazione delle precedenti condanne del reo, prima in fase di determinazione dei precedenti penali e giudiziari al fine della commisurazione della pena ex art. 133 c.p., e quindi in sede di dichiarazione di recidiva.

Per completezza di esposizione, ricordiamo come altra opinione dottrinale non adotti peraltro una soluzione unitaria circa il significato assunto dalla capacità a delinquere nel nostro sistema penale. Si è invero sostenuto che la recidiva atterrebbe esclusivamente alla colpevolezza, mentre l'art. 133 c.p. sarebbe funzionalmente rivolto sia alla determinazione della colpevolezza che alla valutazione della pericolosità sociale del reo<sup>305</sup>. Si afferma, dunque, che non

---

considerati ai sensi dell'art. 99) ovvero come sintomo di un'attitudine alla commissione futura di nuovi illeciti.

<sup>303</sup>A proposito della sentenza di Cass. Sez. V, 22 novembre 1974, ric. Caccavaro, cit., con nota Pedrazzi, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., p. 307, l'illustre A. notava come il riferimento operato dalla sentenza in oggetto <<all'art. 133 giova non tanto a richiamare i singoli parametri quivi elencati, quanto a sottolineare l'inquadramento della recidiva nella più ampia categoria della capacità a delinquere: premessa sistematica da cui discende l'obbligo di un'omogeneità e coerenza di valutazioni concrete>>.

<sup>304</sup>DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 111, sottolinea l'omogeneità funzionale fra la recidiva e i precedenti penali ex art. 133 co. 2 n. 2 c.p. Inquadrano la recidiva nel *genus* della capacità a delinquere, pur con differenziazioni tra le diverse posizioni, anche CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale, Il reato*, I, Milano, 1943, p. 74; MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 232; ANTOLISEI, *Manuale*, 2000, cit., p. 661; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., p. 307; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 661-662 e ID. *Il problema della criminalità*, cit., p. 598, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 410; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, II, cit. p. 28; MANNA, *Circostanze del reato*, cit., n. 4.2.2.

<sup>305</sup>Così LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., p. 195. Secondo RAMACCI, *Corso*, II, cit., p. 28 che - come visto - inquadra la recidiva nell'alveo della capacità a

sussisterebbe incompatibilità tra una prima valutazione dei precedenti penali e giudiziari in senso prognostico ed una successiva dichiarazione di recidiva fondata su considerazioni diagnostico-repressive. È da ammettere, tuttavia, che anche quella parte di dottrina che colloca in prospettive funzionali differenti i due istituti, è concorde nel negare legittimità ad una duplice valutazione dei precedenti penali, costituiti da condanne rilevanti ai fini di una dichiarazione di recidiva, anche nel giudizio *ex art. 133 c.p.*, al fine di addivenire ad una pena base superiore al minimo, dovendosi in tale fase intendere la sentenza di condanna unicamente quale elemento per ricostruire la personalità dell'imputato, e non per valutare il grado di colpevolezza del reo<sup>306</sup>. In questa prima fase si asserisce che andrebbe oltre i suoi compiti il giudice, il quale volesse approfondire la maggior colpevolezza derivante dalla precedente condanna<sup>307</sup>.

Può concludersi quindi che, pur partendo da basi logiche differenti, entrambe le ricostruzioni arrivano tuttavia a riconoscere comunque una relazione di specialità tra giudizio commisurativo *ex art. 133 co 2 n. 2 c.p.* e valutazione da effettuare per procedere alla dichiarazione di recidiva. Anche l'ultima dottrina ricordata ritiene che il giudice, nel commisurare la pena-base sui precedenti penali, dovrà considerare solo quelle pronunce che non legittimano una dichiarazione di recidiva (es. sentenze di amnistia propria, concessione di perdono giudiziale)<sup>308</sup>, mentre sarà escluso il più complesso accertamento richiesto dall'art. 99 c.p.

---

delinquere, riconosce che mentre quest'ultima costituirebbe oggetto di un giudizio non solo diagnostico ma anche prognostico, la recidiva avrebbe esclusivamente significato retrospettivo.

<sup>306</sup> Per tutti LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, p. 193 ss.

<sup>307</sup> LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, p. 196 afferma che <<*i precedenti penali presi in considerazione dall'art. 133 c.p. non sono la stessa cosa della precedente condanna nella recidiva*>> e <<*solo un'erronea valutazione del giudice, che non colga questa sostanziale differenza di significato, può dar luogo ad un'indebita duplicazione di uno stesso addebito*>>.

<sup>308</sup> Per un elenco delle sentenze che si ritengono possano essere annoverate fra i precedenti penali e giudiziari *ex art. 133 co. 2 n. 2 c.p.* cfr. ROMANO, in ROMANO-GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 332; DOLCINI, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1986, *sub art. 133*, p. 305 ss.

Da ultimo preme rilevare come si sia parlato, da parte di alcuni autori, di un processo di *subiettivizzazione* del diritto penale<sup>309</sup>, ossia di un diritto penale sempre più orientato verso l'autore, contro un diritto processuale incentrato sul fatto.

**5. Conclusioni. Possibile fondamento della recidiva ricavabile dall'analisi finora condotta. La plausibilità giuridico-costituzionale e politico-criminale di una attrazione dell'istituto nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto, ovvero nell'orbita specialpreventiva.**

È stato autorevolmente sottolineato come la recidiva rappresenti, da un lato, un fenomeno molto rilevante sul piano criminologico, data l'alta frequenza statistica in reati spesso di forte impatto sociale (delitti contro il patrimonio, delitti sessuali), e coinvolga, dall'altro, in via primaria quelle categorie generalpreventive, quali la deterrenza-intimidazione, ovvero l'effetto di persuasione morale, sottese alla irrogazione della pena da parte degli organi giudiziari, così da chiamare direttamente in causa e mettere in discussione la stessa funzione della pena ed il rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, quali quello di rieducazione *ex art. 27 Cost.*, oltre a rilievi di diritto sostanziale e processuale, per tacere dei problemi propriamente tecnico-applicativi

310 .

---

<sup>309</sup>MONACO, *op. ult. cit.*, p. 175 ss.; MAZZACUVA, *Il "soggettivismo" nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 45 ss.; BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 322. Sul processo di subiettivizzazione osserva BRICOLA, *Diritto penale*, cit., p. 659 che <<l'accentuazione di una colpa per la condotta di vita, l'affermarsi del criterio della capacità a delinquere, l'irrompere del concetto di pericolosità, sia pure per fini preventivi, sono indubbiamente segni di un dato orientamento>> del diritto penale.

<sup>310</sup>Tale osservazione si deve a ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit., p. 89.



Considerando, peraltro, il potere discrezionale attribuito al giudice nella fase di commisurazione della pena, coniugando il principio di stretta legalità con ineludibili esigenze di sostanziale giustizia, imposte dal principio costituzionale di uguaglianza, così come quello di personalità della responsabilità penale, negli esatti termini – sopra chiariti - di una discrezionalità giuridicamente vincolata, ossia di <<potere-dovere di specificazione-<<concretizzazione>>della legge>><sup>311</sup>, deriva una riconduzione della recidiva, nei termini in cui viene ad oggi disciplinato, ad una esigenza di predeterminazione della cornice edittale della pena, più che con esigenze di individualizzazione della pena.

A riprova di ciò, la presenza nell'ambito dell'art. 133 c.p. dei fattori (*i c.d. indici o criteri fattuali*) costituiti dai precedenti penali e giudiziari del reo, cui il giudice deve attenersi nell'adempimento del compito ad esso attribuito di prosecuzione dell'opera del legislatore<sup>312</sup>, risulta evidente la anomalia che si registra nel nostro ordinamento, il quale pare operare un trattamento esageratamente repressivo nei confronti della recidiva, prima in termini di circostanza aggravante, poi in funzione di determinazione della comminatoria edittale nel settore governato dall'art. 69 c.p., come riformulato nel 2005.

Un giudizio duplicato e che dovrebbe essere ridotto a sintesi in un'unica considerazione, così come del reato abbiamo visto avvenire negli altri Paesi europei. La stessa Repubblica Federale Tedesca, allorquando prevedeva una figura autonoma di recidiva, faceva ad essa conseguire esclusivamente un aggravio sanzionatorio, contrariamente a quanto avviene in Italia, laddove appare difficilmente comprensibile e giustificabile la cascata di effetti pregiudizievoli che conseguono al riconoscimento di tale qualifica: stupisce come la nostra Corte Costituzionale abbia potuto salvare in termini di legittimità costituzionale un istituto che presenta così tanti punti di frizione coi più fondamentali principi del

---

<sup>311</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, op. ult.cit., p. 322 ss.

<sup>312</sup> ROMANO in ROMANO-GRASSO, op. ult.cit., p. 328.

nostro ordinamento giuridico: dagli eccessi sanzionatori (rispetto a cui rilevano i principi di proporzione, di uguaglianza-ragionevolezza, di rieducazione, di umanità nel trattamento sanzionatorio, nella sua accezione sopra ricostruita), derivanti da una mera qualifica soggettiva (contrasto con i principi di personalità della responsabilità penale, di materialità-offensività), al principio di *ne bis in idem* (pur nei vari tentativi di aggirarlo attraverso interpretazioni bidimensionali della capacità a delinquere), agli effetti ulteriori che conseguono alla dichiarazione di recidiva, retoricamente e quasi con singolare umorismo definiti “*minori*”, che non hanno eguali nel campo delle circostanze, settore in cui ci si ostina a volere ricomprendere la recidiva.

Non si comprende la ragione di tanto fervore punitivo e di tale ritrosia ad abbandonare un istituto che, a nostro sommo avviso, appare veramente inconciliabile con i principi che con vuota solennità ancora – ma sempre più flebilmente – risuonano nei manuali e nelle accademie, sempre più staccate dal diritto ‘vivente’.

Paiono oramai predominare le politiche di legge e ordine e la politicizzazione del diritto penale, pericolosa tendenza operante anche oltralpe, suggellate dal fiorire di nuove teorie funzionaliste della pena, tese a prendere di mira la figura di un ipotetico nemico: il discorso si farebbe tuttavia oltremodo complicato da affrontare in questa sede, e si cita solo perché la rinnovata figura di recidivo si inserisce a pieno titolo in tale clima di ostilità diffusa e di vera e propria ‘lotta’ contro i c.d. ‘nemici’, spesso dimentichi delle fondamentali conquiste di civiltà e di democrazia che hanno faticosamente introdotto principi sacri a tutela dell’individuo, come valore ‘in sé’. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia *infra*, *Considerazioni conclusive*, spec. *sub* nota 408.

## CAPITOLO TERZO

### *Gli ordinamenti giuridici stranieri e la recidiva Breve excusus e tentativi di comparazione con il sistema giuridico italiano*

**SOMMARIO:** 1. Premessa introduttiva. 2 La disciplina del *recidivism* nel sistema statunitense. Origini delle leggi “*three strikes and you’re out*”. 3. Il fondamento delle leggi *three strikes*: in particolare, l’esperienza californiana. 4. L’impatto della legge californiana all’esame della prassi applicativa: effetti sul sistema penitenziario e sul tasso di riduzione della criminalità. Esiti dell’analisi in prospettiva comparativa con il futuro della legge in Italia. 5. La riforma italiana della recidiva, in specie di quella reiterata: un parallelismo possibile con la legge dei *three strikes*. 6. L’evoluzione nella disciplina normativa della recidiva nell’ordinamento tedesco. 6.1. L’attuale inquadramento normativo della recidiva nel sistema penale tedesco: l’inclusione tra gli indici commisurativi della pena. 7. Il quadro normativo in cui si colloca il problema della recidiva nell’ordinamento austriaco. 8. Note conclusive dell’indagine comparatistica.

#### **1. Premessa introduttiva.**

A questo punto dell’indagine sui profili dell’istituto della recidiva, e prima di tentare di formulare qualche conclusione, pare opportuno effettuare una breve panoramica degli ordinamenti giuridici stranieri, per appurare la presenza o meno in essi di una figura ad esso affine, al fine di un approfondimento esegetico-

dogmatico del problema che ci occupa, alla luce della individuazione delle eventuali altre scelte operate da altri sistemi.

Preliminarmente, occorre peraltro sottolineare come sia opportuno incentrare l'attenzione ed il campo di analisi propriamente sul trattamento penale del c.d. *recidivismo*, ovvero quello <<*status* che è proprio a colui il quale, ricadendo nell'attività delittuosa dopo una precedente condanna, si rivela idoneo ad essere ricondotto ad una tipologia legale-soggettiva dalla quale possono derivare conseguenze sia in ordine alla commisurazione della pena, sia in ordine all'applicazione della misura di sicurezza>><sup>313</sup>. Importante sarà verificare se, negli ordinamenti considerati, esista un istituto comparabile alla recidiva, e se esso venga configurato come tipologia soggettiva legale a sfondo diagnostico-retributivo o, viceversa, a carattere prognostico- preventivo, e quale possa esser considerata la relativa natura giuridica<sup>314</sup>.

A seguito della riforma operata dalla legge c.d. *ex Cirielli*, è diventato peraltro necessario volgere lo sguardo in modo particolar modo al sistema giuridico statunitense: se, in precedenza, una certa attenzione per tale ordinamento giuridico si giustificava, oltre alla presenza, nell'ambito dell'Unione Europea, di Paesi appartenenti alla famiglia giuridica di *common law*, sia, soprattutto in virtù della constatata esistenza di una sostanziale e particolarmente profonda *frattura* tra le soluzioni normative adottate dalla legislazione nazionale e da quella statunitense in materia di prevenzione e repressione della recidiva, oggi è, al contrario, la espressa volontà di seguire l'esempio di quest'ultima nel nostro sistema giuridico, ad imporne una più penetrante analisi.

Si è, infatti, da ultimo verificata, nella politica criminale italiana, una profonda inversione di rotta, che ha portato il nostro Paese ad effettuare – parrebbe – scelte analoghe a quelle operate dal legislatore d'oltreoceano. Se quindi scopo della

---

<sup>313</sup> Così AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 151 cui si rimanda per la fondamentale bibliografia in tema di analisi comparatistica.

<sup>314</sup> AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p.154.

riflessione dottrinarie precedente al 2005 era appunto quella di verificare e vagliare le ragioni determinanti scelte tra loro apparentemente così contrastanti in questo settore del diritto penale, attualmente diviene all'opposto quello di capire i motivi di una così drastica assimilazione tra gli istituti giuridici dei due ordinamenti<sup>315</sup>.

Appare invero allo stato attuale necessaria ed emblematica l'analisi del modello della Repubblica Federale Tedesca, che appare avere intrapreso la strada opposta a quella italiana, avendo proceduto ad una vera e propria abolizione dell'istituto della recidiva, almeno come figura generale, evidenziando in tal senso la distanza che intercorre tra due Paesi seppur vicini geograficamente e affini per tradizione giuridica e riflessione dottrinale, in tale settore.

## **2. La disciplina del *recidivism* nel sistema statunitense. Origini delle leggi “three strikes and you’re out”.**

Il fenomeno della recidiva, o, più correttamente, la disciplina normativa del *recidivism* negli USA è stata da svariati anni improntata ad un rigorismo sanzionatorio che, almeno fino a qualche tempo fa, non aveva eguali nel continente europeo<sup>316</sup>.

Si fa riferimento, in particolare, alle c.d. *Three strikes law*, che hanno caratterizzato la svolta repressiva della politica criminale negli Stati Uniti negli

---

<sup>315</sup>Nel solco dell'importanza che lo studio comparatistico riveste al fine di comprendere gli istituti di diritto sostanziale nazionale, anche in confronto ai sistemi di *common law*, merita particolare interesse lo studio di MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996, p. 34 e ss., che osserva come, nella prospettiva di un ripensamento del modello commisurativo della pena, proprio dalla esperienza giuridica del sistema statunitense che possono provenire<<indicazioni realmente innovative e per certi aspetti feconde>>. In tema, anche ZANUSO, *Post-modernità e pena: alcune riflessioni sulla “just desert theory”*, in *Dir. e società*, n. 4/1998, p. 615 ss.

<sup>316</sup>Le prime disposizioni legislative dirette a colpire il fenomeno vengono fatte risalire al periodo coloniale. Cfr. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 155 ss, cui si rimanda anche per l'approfondita citazione bibliografica.

ultimi decenni, e che, in maniera imprevedibile ed imprevista, recheranno grandi influssi nella recente produzione legislativa italiana<sup>317</sup>.

Si tratta di leggi<sup>318</sup> di cui praticamente quasi tutti gli Stati americani si sono dotati nel corso degli ultimi vent'anni, comminanti forti aumenti di pena per gli autori di reati alla loro terza condanna. Come efficacemente spiegato, l'espressione, che significa letteralmente “*tre colpi e sei fuori*”, è mutuata dal linguaggio del *baseball*, nel quale il battitore che fallisce per tre volte consecutive il colpo – *strike* – viene definitivamente eliminato dal gioco. Peccato che da tale principio di correttezza nel gioco sia derivato un ben più stringente principio di esclusione nella vita, per cui chi commette un terzo delitto è *out*, fuori dal gioco, condannato a scontare una pena detentiva di lunghissima durata, se non addirittura il carcere a vita.

La svolta repressiva ha coinvolto nel tempo anche Stati tradizionalmente più liberali: emblematica in tal senso è stata l'esperienza dello Stato della California, che ha introdotto nel marzo del 1994 il c.d. *Three strike bill*, nel quale si prevede che, in caso di seconda condanna per delitto (*felony*) la pena subisca un aumento del doppio del minimo della sanzione per esso prevista, mentre nel caso di terza condanna si può giungere a comminare una pena detentiva di durata indeterminata.

---

<sup>317</sup> E' stato efficacemente scritto e preconizzato da illustre dottrina che <<negli Stati Uniti vive il futuro indesiderabile della nostra società>>: così MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXIII Convegno di studio “Enrico De Nicola”*, 2002, p. 318. Il fenomeno per il quale si possono rintracciare convergenze di fondo tra strategie di controllo della criminalità tra Paesi, in corrispondenza di determinati fenomeni di tipo sociale e culturale e a contingenti fasi politiche è noto agli studiosi ed ampiamente studiato: cfr. GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano 2004, p. 832; parla anche di “*globalizzazione delle politiche criminali*”, DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Ridpp.*, n. 2/3, 2007, p. 832 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>318</sup> La presenza di *statutes*, ossia provvedimenti legislativi scritti, è una caratteristica del trattamento penale del recidivismo negli Stati Uniti, pur appartenendo tale Paese al sistema di *common law*. Cfr. AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 155. In argomento, vd. CADOPPI, *Dalla judge-made law al criminal code. Progetti di codici penali nei Paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali*, in *Ridpp*, 1992, p. 923 ss.

Nella scia di tale rigore repressivo si è allineata anche la legislazione federale, con l'introduzione di una normativa penale anch'essa ispirata al principio del *three strikes and you're out*, arrivando a prevedersi la pena obbligatoria dell'ergastolo per il soggetto che, avendo riportato due sentenze di condanna, commetta un terzo delitto.

Nonostante le leggi adottate differiscano tra loro sotto diversi aspetti, quali il numero di condanne necessarie a far scattare 'l'eliminazione' (da due a quattro), la scelta dei tipi di reato considerati precedenti rilevanti (c.d. *strike zone*), e soprattutto la forma e l'intensità delle conseguenze sanzionatorie, può peraltro riconoscersi, al fondo di tutte, una comune logica politico-criminale, volta alla neutralizzazione di delinquenti asseritamente incorreggibili, attraverso la loro espulsione dalla società.

L'ambito operativo della legge californiana si dimostra, al contrario di quanto accade per altri Stati americani, che hanno optato per criteri maggiormente restrittivi, particolarmente esteso, sia a cagione dell'estrema ampiezza delle categorie di reati suscettibili di assumere rilevanza di precedente, sia dalla paventata obbligatorietà della sua applicazione a seguito della commissione di qualsiasi *felony*, sulla esclusiva base dei precedenti penali, escludendosi ogni possibilità di valutazione giudiziale circa la adeguatezza della pena che risulterebbe in tal modo applicabile nel caso concreto<sup>319</sup>.

Ciò che interessa in questa sede è evidenziare come siano molti i punti di contatto tra tale impostazione e la recente riforma italiana della recidiva, che, sebbene in maniera più 'addomesticata', anche se sempre di forte impatto, prevede comunque un soggetto – il recidivo reiterato appunto – che al terzo colpo è 'fuori dal gioco'.

---

<sup>319</sup>La durezza espressa da tale legge emerge anche dall'esame di disposizioni per così dire "marginali": viene infatti prevista l'irrelevanza del *wash out period*, ossia del tempo intercorso tra le condanne. Diffusamente, sul punto, DELLA BELLA, *Three strikes and you're out*, cit., p. 843.

Certamente non scopriamo niente di nuovo: in base ai vari e illuminanti studi sociologici in materia<sup>320</sup>, si possono peraltro riassumere le somiglianze ed affinità che si possono rilevare tra le suddette legislazioni repressive sotto il profilo della genesi (il panico morale), delle finalità (l'eliminazione della criminalità da strada) e delle prospettive che tale legislazione è destinata a dischiudere.

### **3. Il fondamento delle leggi *three strikes*: in particolare, l'esperienza californiana.**

Secondo quanto sostenuto in diversi autorevoli commenti in materia, la vicenda dei tre *strikes* sembrerebbe avere segnato il definitivo declino, nella politica criminale degli Stati Uniti, del paradigma neoretributivo<sup>321</sup> a favore di un <<incerto approdo verso obiettivi di prevenzione>><sup>322</sup>.

L'obiettivo, apertamente perseguito dai promotori la riforma, era quello invero di una vera e propria lotta alla criminalità violenta, da condursi per mezzo di una mera attività di neutralizzazione di soggetti considerati 'incorreggibili': individuati, in modo particolare, nei recidivi. Una legge dunque orientata alla *neutralizzazione* ed alla *deterrenza*, anziché, come accadeva nel recente passato, alla riabilitazione o alla retribuzione.

---

<sup>320</sup>Cfr. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., *passim*; DELLA BELLA, *Three strikes and you're out*, cit., p. 857 ss.

<sup>321</sup>In questo senso, VITIELLO, *Three strikes*, cit., nt. 5 pag. 422 ss., e, nella letteratura italiana, GRANDE, *Il terzo strike, La prigionia in America*, Palermo, 2007, p. 61 ss.

<sup>322</sup>Cfr. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 847. Così VITIELLO, *Three strikes: can we return to rationality?*, in *Journal of criminal law & criminology*, 1997, p. 395 ss. In breve, come è noto, le teorie neoretributive, che, a seguito dell'entrata in crisi dell'ideologia del trattamento, avevano soppiantato, alla fine degli anni '70, l'ideale rieducativo e il sistema del *sentencing* indeterminato, propugnavano la necessità di riaffermare il principio del *just desert* (giusto merito) nel sistema sanzionatorio e ciò, sostanzialmente, attraverso il recupero del principio di proporzione tra severità della pena e gravità del reato come principale, se non esclusivo, criterio di commisurazione della pena.



La riforma della recidiva, in special modo quella adottata dallo Stato della California, caratterizzata da pene detentive di lunghissima durata, assolutamente non proporzionate alla gravità del fatto, ma legate essenzialmente alle caratteristiche soggettive dell'autore, risulta in effetti assai lontana *California Penal Code*, espressamente ispirato all'ideologia retributiva.

La giustificazione di tale assunto si rinviene non tanto in base agli aumenti di pena, che in astratto potrebbero anche risultare non incompatibili con un paradigma retributivo<sup>323</sup>, quanto per le caratteristiche concrete di questa legge, che non possono dirsi certo espressione di *just desert*<sup>324</sup>. Si verifica infatti una sproporzione nel trattamento sanzionatorio, che non può certo dirsi nè *giusta* nè sensata in un'ottica di prevenzione: semplicemente trattasi di semplice casualità<sup>325</sup>.

La Corte Suprema, interpellata proprio sulla paventata violazione del principio di proporzione da parte della legge dei tre colpi, ha tuttavia salvato la legge dalla

---

<sup>323</sup>E' ritenuto invero in certa misura plausibile che la reiterazione criminosa, oltre ad esprimere una maggiore capacità a delinquere, renda il fatto più rimproverabile e quindi più grave sotto il profilo della colpevolezza. Per la tesi della compatibilità tra aumenti di pena a carico del recidivo e il paradigma neo-retribuzionista, vd. VON HIRSH, *Doing Justice. The choice of punishment*, 2 ed., Boston, 1986. Una giustificazione della recidiva in chiave di retribuzione per la maggior colpevolezza espressa con la reiterazione criminosa, è abbracciata nella letteratura italiana- come vidto- da AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 234 ss. Per un quadro più completo dei diversi orientamenti emersi nella nostra dottrina vd., per tutti, NEGRI, MAZZINI, in *Codice Penale Commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, vol. I, 2 ed. 2006, art. 99, p. 1056.

<sup>324</sup>Cfr. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 848, la quale cita tre fattori indicativi in tal senso: in primo luogo, la pena per il terzo strike, la quale, contrariamente a quanto avviene per il secondo *strike*, *la cui pena*, determinandosi nel doppio della pena prevista dalla legge per quel reato, può dirsi ancora in qualche modo legata al parametro della gravità del reato, ne è invece totalmente svincolata: un qualsiasi reato di qualsivoglia gravità, anche modesta, qualora costituisca terzo *strike*, è soggetto allo stesso trattamento sanzionatorio, ossia una pena detentiva di durata indeterminata, non inferiore nel minimo a 25 anni. In secondo luogo, l'aumento di pena per il recidivo risulta essere addirittura inversamente proporzionale alla gravità del fatto: paradossale sarebbe dunque parlare di criterio del "giusto merito" (si cita l'ipotesi di due condanne alla pena detentiva a vita relative ad un furto e ad una violenza sessuale che siano terzo *strike*, ove l'aumento di pena dovuto alla recidiva risulta evidentemente più cospicuo per l'autore del furto che non per l'autore della violenza sessuale). Infine, l'entità della pena può per effetto di tale meccanismo variare enormemente a seconda della successione con cui i reati sono stati commessi, in dispregio del più elementare canone di ragionevolezza.

<sup>325</sup>Cfr. ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, 2001, p. 10 ss.

censura di legittimità rispetto all’VIII° emendamento della Costituzione Americana, che vieta il ricorso a *cruel and unusual punishment*. A giustificazione di tale decisione, si è asserito che, non imponendo l’VIII° emendamento alcun principio di stretta proporzionalità tra il reato e la pena, ma prevedendo solo un divieto per il legislatore di comminare pene *gravemente sproporzionate* al fatto (*grossly disproportionate to the crime*), si deduce che l’individuazione delle finalità da assegnare alla pena corrisponde ad una scelta politica spettante al legislatore statale<sup>326</sup>.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, quindi, non ha fatto altro che confermare la legittimità della scelta del legislatore californiano, volta alla neutralizzazione ed alla deterrenza dei plurirecidivi, implicitamente riconoscendo – e tale aspetto appare ai nostri fini più rilevante - che la legge dei *three strikes* si colloca al di fuori dell’alveo della retribuzione.

Attenta dottrina ha sostenuto, per altro, che la legge non sarebbe neppure inquadrabile in una logica di tipo preventivo<sup>327</sup>: quanto all’obiettivo volto alla neutralizzazione dei criminali pericolosi, si osserva come l’irrazionalità nella selezione dei precedenti rilevanti, e la qualificazione come *strike* di qualsiasi *felony* non porterebbero alla selezione di un gruppo di soggetti caratterizzati da una pericolosità sociale qualificata, ma – come confermato anche dagli studi sull’impatto applicativo della legge – di un gruppo di soggetti individuati più o meno casualmente .

---

<sup>326</sup>Tale conclusione può valere per la Costituzione americana, la quale non impone l’adozione di una determinata teoria della pena. Nell’affrontare il quesito su cosa debba intendersi per pena *gravemente sproporzionata*, la Corte si limita tuttavia ad affermare che tale non è la pena detentiva a vita per il furto di tre mazze da golf dal valore complessivo di circa 1000 dollari (questo il caso sottoposto al suo esame), mentre altra sentenza della medesima Autorità pronunciata lo stesso giorno irrogava la pena di 50 anni di pena detentiva per il furto di alcuni *videotapes* del valore complessivo di circa 150 dollari (sent. *Lockyer v. Abrade* 5 marzo 2003, cit. da DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 847, in [www.caselaw.findalaw.com](http://www.caselaw.findalaw.com))

<sup>327</sup>Si è parlato a proposito della legge dei tre colpi di un’era della *practise without theory*: così ZIMRING, HAWKINS, KAMIN, *Punishment And Democracy* ,cit., p. 7.

Particolare rilievo deriva dalla considerazione che l'effetto deterrente, che si vorrebbe perseguire per il tramite della minaccia di pene tanto severe, anche ammettendo l'ipotesi che sia davvero la pena *edittale* – e non piuttosto quella reale – quella da cui origina un effetto di prevenzione generale<sup>328</sup>, si espicherebbe in ambito invero circoscritto: l'unica minaccia portata a conoscenza e suscettibile di deterrenza è prevista per il terzo *strike* (come rileva una semplice lettura del famoso *slogan*), mentre già l'autore di un nuovo reato con due *strikes* può essere soggetto ad aumento di pena.

Ma la vistosa contraddizione logica emerge, se si vuole, proprio con riferimento ai *third strikers*, in quanto si prospetta l'operatività di un meccanismo di deterrenza nei confronti di quegli stessi soggetti (appunto coloro che hanno già due condanne per reati che costituiscono *strikes*) che vengono dichiarati per altro verso incorreggibili.

#### **4. L'impatto della legge californiana all'esame della prassi applicativa: effetti sul sistema penitenziario e sul tasso di riduzione della criminalità. Esiti dell'analisi in prospettiva comparativa con il futuro della legge in Italia.**

Le previsioni catastrofiche, formulate dagli studiosi in ordine agli effetti che la legge dei tre colpi avrebbe provocato sulla tenuta del sistema penitenziario della California, si sono dimostrate eccessivamente pessimistiche<sup>329</sup>: la legge ha trovato

---

<sup>328</sup>Si fa riferimento alla nota opinione espressa già da ANDENAES, *La prevenzione generale. Illusione o realtà?*, in *Ridpp*, 1953, p. 273, secondo cui la prevenzione generale origina soprattutto dall'applicazione concreta della pena e che, quindi, la funzione di deterrenza o di orientamento comportamentale, propria del diritto penale, sia affidata alla pena reale ancor più che a quella edittale. Nello stesso senso cfr. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Ridpp* 1998, p. 414 ss.; PACKER, *I limiti delle sanzioni penali*, Milano, 1978; PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Ridpp*, 1992, p. 510 ss.

<sup>329</sup>Cfr. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 851, anche per una dettagliata esposizione delle statistiche ricostruite sulla base delle rilevazioni empiriche registratesi in materia sui tassi di carcerazione.

nella prassi giurisprudenziale una applicazione molto inferiore alle aspettative, pur non potendosi negare un impatto comunque notevole sul sistema penitenziario californiano.

Come rilevato dai numerosi studi, aventi ad oggetto l'effettivo impatto della legge nella prassi applicativa, è stato osservato come le leggi dei tre colpi abbiano avuto in genere scarsa applicazione, eccetto che in Stati come Florida, Georgia e, appunto, la California. In quest'ultimo Stato, tuttavia, si è visto che tale larghezza applicativa è dipesa in gran parte dalle dimensioni del Paese, nonché da una selezione particolarmente ampia dei delitti che possono fondare l'esclusione, al terzo *strike*, del soggetto, venendo addirittura in rilievo indifferenziatamente qualsiasi delitto.

Quel che preme rilevare è il motivo ulteriore di tale limitata applicazione pratica, rispetto alla potenziale estensione della legge: appare infatti dimostrato che, in quasi tutti gli Stati americani, si è verificata una decisa resistenza ad una indiscriminata ed automatica operatività della normativa da parte dei giudici, che si sono avvalsi dei margini di discrezionalità a loro concessi<sup>330</sup>.

Importa in questa sede ribadire come si sia verificata una discontinuità nell'attuazione della legge, che si presenta 'a macchia di leopardo', con il passaggio da una applicazione *casuale* ad una applicazione *socialmente orientata* a danno delle fasce più marginali<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> Cfr. ZIMRING HAWKINS-KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, cit., p. 64. Per una rassegna di dati statistici, cfr. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 851 ss.

<sup>331</sup> Le osservazioni si devono a DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 853.

## **5. La riforma italiana della recidiva, in specie di quella reiterata: un parallelismo possibile con la legge dei *three strikes*.**

Analogamente a quanto è avvenuto in California, anche nel nostro Paese l'introduzione di una legge di cotanta severità nei confronti del fenomeno della recidiva è stata oggetto, fin dal momento della sua introduzione, di vigorose critiche da parte della dottrina, i cui primi commenti hanno sovente assunto toni allarmisti, in ordine al catastrofico impatto che la legge, se effettivamente applicata, avrebbe potuto avere sul sistema penitenziario<sup>332</sup>. Si è notato invero come la discrezionalità giudiziale, che si voleva per tale via circoscrivere, ne è risultata di converso notevolmente ampliata, traducendosi peraltro in una applicazione fortemente discriminatoria degli aggravati sanzionatori, rivolti prevalentemente verso fasce soggettive c.d. marginali (riscontrandosi, anche qui, il passaggio da una applicazione casuale ad una socialmente orientata della legge)<sup>333</sup>.

Nondimeno, mentre oltreoceano la consuetudine invalsa di stimare l'effettività delle leggi all'esame della prassi applicativa, considerata il banco di prova di ogni riforma legislativa e giudiziaria, ha consentito di dare immediata soddisfazione agli interrogativi circa l'impatto della legge sul sistema penitenziario, da noi tante domande rimangono ancora senza risposta, per la sostanziale mancanza, nel nostro ordinamento, di un approccio di tipo empirico ai problemi della politica criminale. Non è dato vedere se, nella effettiva prassi giudiziaria, il principale obiettivo della riforma, ossia il recidivo reiterato, sia stato solo il bersaglio di una

---

<sup>332</sup>In questo senso si esprime, ad esempio, MARCHESELLI, *Necessaria la costruzione di trenta nuovi istituti*, in *Guida al Dir.*, dossier, n 1/2006, p. 80. Del tutto scettico, invece, sull'effettivo impatto della riforma, MARINUCCI, *Certezza d'impunità*, cit., p. 174 secondo cui "la lotta alla recidiva, bandita con clamore dalle "ex-Cirielli", avrà quindi come....bersaglio solo qualche ladruncolo che avrà avuto la (rara) disavventura di essere colto in flagranza più volte. Tanto rumore per nulla!"

<sup>333</sup>Vd. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 853.

campagna politica e di una legislazione a carattere simbolico, o se invece il giro di vite nei confronti di tale tipo d'autore sia stato effettivo, e se la pretesa legislativa volta a circoscrivere drasticamente la discrezionalità giudiziale nell'applicazione della recidiva sia stata soddisfatta.

Si rinvencono, ciononostante, tra le due esperienze numerosi e significativi punti di convergenza, in particolare per ciò che riguarda:

1) **L'origine dei provvedimenti legislativi**: sia la riforma italiana della recidiva che le leggi americane hanno tratto il loro *humus* dal c.d. “*panico morale*”<sup>334</sup> e dalla strumentalizzazione dello stesso a fini di propaganda politica: come efficacemente osservato, la genesi della legge dei tre colpi è emblematica del modo in cui politica e gruppi di pressione, sulla scorta del panico morale, instillato nella collettività anche da un sistema *mass mediologico* non esente da manipolazioni, raffigurante una criminalità in continua ascesa, contornata da una sensazione di inefficienza del sistema giudiziario, spesso accusato di lassismo o eccessivo indulgenzialismo<sup>335</sup>, possano influire sulla stessa direzione della politica criminale in uno dato ordinamento statuale. Se questo può accadere più agevolmente nel sistema americano, attesa la differente efficacia ed estensione dei mezzi di pressione, a disposizione anche dei singoli gruppi di cittadini, riconosciuti dall'ordinamento giuridico come aventi forza di legge, è vero che analoghi meccanismi sono all'origine anche della legge italiana del 2005.

Non è privo di significato che le stesse siano espressione emblematica di quella politica criminale “*tough on crime*” (ossia di lotta dura al crimine) desiderosa di rispondere con forza alle istanze di *law and order* della collettività, richiedente

---

<sup>334</sup>Per attingere ad una felice definizione di FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Ridpp*, 2000, p. 417. Sottolinea l'apparentamento tra le leggi DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 544.

<sup>335</sup>Definisce “*criminogene*” le applicazioni benevole nella definizione del trattamento sanzionatorio” (da parte dei giudici) in quanto “*la minimizzazione sistematica delle pene non può che agevolare l'intento criminale*” il sen. Bobbio nel suo intervento presso la Commissione Giustizia del Senato del 3 marzo 2005 riportato da CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., p. 58.

sicurezza e protezione. Così pure in Italia, in cui la riforma si è inserita in un clima di insicurezza collettiva, spesso artatamente rappresentata dai *mass media*, la stessa è stata utilizzata come strumento atto a carpire il consenso dell'elettorato reclamante rassicurazione<sup>336</sup>;

2) *il fondamento politico-criminale sotteso ai provvedimenti*: sebbene differenziandosi sotto molteplici aspetti, le leggi *three strikes* trovano comune fondamento politico-criminale nella volontà di eliminazione di quella parte di criminalità violenta, ritenuta opera di delinquenti pericolosi e soprattutto incorreggibili (*rectius* non degni di una risocializzazione). Attraverso l'eliminazione di tali soggetti – da realizzarsi con incarcerazioni di lunga e lunghissima durata, se non addirittura a vita – si promette - e questo è l'aspetto politico – di liberare la società dal crimine. Appare di tutta evidenza come legislazioni, ispirate da tali principi politico-criminali, adoperino la pena detentiva in funzione esclusivamente di neutralizzazione, considerandosi, come unica arma utilizzabile, quella dell'*isolamento* del reo dal consorzio civile, attraverso l'*effettiva* applicazione di pene detentive *più lunghe* e da eseguirsi *all'interno* degli istituti penitenziari.

Negli Stati Uniti come in Italia, protagonista di tale stretta repressiva è il soggetto giunto alla sua terza condanna, prototipo del delinquente incorreggibile, ed indipendentemente dal tempo trascorso tra le condanne e la natura del delitto commesso, un *tipo normativo d'autore*<sup>337</sup>, che ha fatto paventare, da parte di autorevole dottrina il ritorno alle viete presunzioni di pericolosità<sup>338</sup>;

---

<sup>336</sup>Sottolinea il parallelismo, sotto il 'profilo genetico', tra la vicenda italiana e quella americana dei tre colpi CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., 95.

<sup>337</sup>In questi termini PADOVANI, *Una novella*, cit., p. 33; PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. 15. Sul fatto che i sistemi penali odierni si stiano orientando verso un paradigma preventivo, finalizzato cioè alla massimizzazione della sicurezza attraverso la neutralizzazione del *nemico* (che non è solo il nemico 'eccellente', come il terrorista o l'esponente di spicco della criminalità

3) la funzione o il fondamento della pena, da rinvenirsi nella *deterrenza*: per utilizzare una terminologia maggiormente aderente alla nostra dottrina, la pena è utilizzata in una funzione di intimidazione-ammonimento ovvero di *prevenzione generale negativa*. La previsione di pene così severe non pare invero dischiudere alcuna prospettiva alla funzione special-preventiva di tipo rieducativo, così come escluderebbe quella di prevenzione generale positiva<sup>339</sup>, o di orientamento culturale. In secondo luogo, nelle intenzioni stesse del legislatore, tale asserita funzione di deterrenza sarebbe assolta dalla stessa ‘ferocia’ della risposta sanzionatoria, con lo scopo di dissuadere gli autori di futuri reati, con precedenti penali, con la minaccia di trascorrere gran parte della loro esistenza in carcere. Occorre quindi essere chiari nel riconoscere la matrice decisamente generalpreventiva della recente riforma della recidiva, non a caso ispiratasi a quelle leggi statunitensi “*three strikes*” che di tale finalità politico-criminale hanno rappresentato l’emblema per gli anni novanta del secolo scorso.

Rileva tuttavia osservare come attualmente tali esigenze siano, in tale ordinamento, in fase di attenuazione, a seguito dell’affermarsi nuove correnti politico-criminali, incentivanti il ricorso a percorsi – ancora una volta i ricorsi vichiani - di risocializzazione. Pare infatti che, allo stato attuale, si ridiscuta sul trattamento della ricaduta, auspicandosi una limitazione della precedente severità in omaggio ad una politica criminale c.d. “*smart on crime*”<sup>340</sup>: sia in considerazione degli elevati costi delle politiche di neutralizzazione, sia a seguito della drastica riduzione nel frattempo registratasi dei tassi della criminalità, e

---

organizzata), tra gli altri, cfr. VIGANO’, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Ridpp*, 2006, p. 673 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>338</sup>Cfr. CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., p. 81; DOLCINI, *La rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. Pen. Crim.*, 2005, f. 2-3, p. 80; PADOVANI, *Una novella*, cit., p. 34.

<sup>339</sup>Per una efficace analisi e definizione di tale nozione, cfr. FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 30.

<sup>340</sup>Puntualmente, BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Ridpp*, n.2-3, 2007, p. 1157.



quindi del mutato atteggiamento della società, si discute circa l'opportunità quantomeno di una limitazione della c.d. “*strike zone*”: tra le proposte avanzate, quella di abrogare la recidiva generica e di limitarla ai soli reati di maggior gravità (ad esempio di natura violenta o sessuale), ovvero ridurre la gravità dell'aumento sanzionatorio per le violazioni successive alla prima<sup>341</sup>.

Paiono risorgere anche proposte tese all'introduzione di alternative alla condanna a pena detentiva, le c.d. *intermediate sanctions*, come i *correctional boots camps* e i programmi correzionali in genere<sup>342</sup>.

Si registra, da ultimo, anche un rinnovato interesse per programmi di ausilio al reinserimento sociale del detenuto a seguito della espiazione della pena (*reentry programs*).

Alla luce delle suesposte sintetiche considerazioni, pare quindi in atto una controtendenza, a livello internazionale, rispetto alle scelte di criminalizzazione della recidiva effettuate da ultimo in Italia.

4) ***L'appartenenza all'affollato settore delle c.d. “leggi simboliche”.*** Come osservato<sup>343</sup> nei diversi studi, aventi ad oggetto, a distanza di oltre dieci anni dalla loro introduzione, il rendiconto degli effetti delle leggi *three strikes*, le stesse, nella maggior parte dei casi, (tranne il caso della legge californiana, per le ragioni già esposte), potrebbero essere <<*archivate nel voluminoso file delle “leggi simboliche”*>><sup>344</sup>, atteso non solo lo scarso impatto avuto nella prassi, anche ad opera della reazione della giurisprudenza, ma soprattutto in quanto formulate al

---

<sup>341</sup> Cfr. WALSH, *Three Strikes Law*, Westport, Connecticut, London, 2007, *passim*; VITIELLO, *Reforming Three Strikes Excesses*, in *Washington University Law Quarterly*, 2004, 1, p. 1 ss.

<sup>342</sup> Si ripropongono peraltro i problemi rappresentati dalla necessità di prefigurare contenuti trattamentali efficaci ed empiricamente fondati, nonché di reperire le ingenti risorse finanziarie necessarie a tali programmi di intervento. Sull'argomento, BERTOLINO, *op. ult. cit.*, p. 1158, *sp. nota n.* 144.

<sup>343</sup> DELLA BELLA, *Three strikes and you're out.*, *cit.*, p. 835

<sup>344</sup> Così DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 835.

fine precipuo di ottenere consensi nell'opinione pubblica, piuttosto che risultati in termini di efficacia nel controllo del crimine<sup>345</sup>.

5) **le implicazioni sottese alla c.d. politicizzazione del diritto penale**, ovvero la strumentalizzazione del diritto penale agli obiettivi di una contingente politica criminale, e la connessa delegittimazione del ruolo della dottrina. Si è osservato come tali politiche repressive abbiano di fatto implicato un progressivo esautoramento dalle politiche criminali degli “esperti”<sup>346</sup>, quali gli studiosi del diritto e della ricerca empirica (giuristi, sociologi etc.): raramente è apparsa così chiara l'origine populista e politica dei processi decisionali, con l'annuncio dei provvedimenti legislativi in via di varo per mezzo dei *media* ed attraverso *slogan*, con il fine neanche troppo dissimulato di catturare e carpire il favore dell'opinione pubblica. Pure considerando le indubbie differenze di peso che l'iniziativa popolare riveste nei processi decisionali dei due Paesi, l'esperienza americana e quella italiana presentano in comune l'allarmante aspetto costituito da un processo di politicizzazione del diritto penale, utilizzato come volano per veicolare l'elettorato, con supremo sdegno dei principi costituzionali e democratici che governano un ordinamento penale di diritto;

6) **similari, infine, le concretizzazioni pratiche degli intenti così perseguiti**: la limitazione della discrezionalità giudiziaria è risultata invero solo apparente, in quanto le polemiche esternazioni circa lo strapotere giudiziario non sono state corredate dalla predisposizione di meccanismi in grado di limitare effettivamente

---

<sup>345</sup> Vd. in tali termini DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 544;.

<sup>346</sup> DELLA BELLA, *Three strikes and you're out*, cit., pp. 840 e 863; GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., spec. p. 257 ss.

la discrezionalità dei giudici, se è vero che in Italia come negli Stati Uniti la recidiva era e resta un istituto a carattere pienamente facoltativo<sup>347</sup>.

Conserva la sua validità, anche con riferimento alla riforma italiana della recidiva, quanto si era detto in relazione alla legge *three strikes*: che cioè, diversamente da quanto dichiarato, ed espressione del carattere simbolico di tali leggi, che abbaino più di quanto non siano destinate a mordere in concreto, le modifiche legislative non hanno portato ad un sistema di pene obbligatorie per i plurirecidenti, ma semmai ad un sistema che consente di punire costoro più severamente, con ciò conferendo paradossalmente una discrezionalità ancora maggiore ai giudici e contribuendo ad aggravare ulteriormente il divario tra pena legale e pena reale<sup>348</sup>. Eppure, come dimostrato ampiamente dagli studi criminologici<sup>349</sup>, la fisionomia del recidivo nella prassi non è quella del ‘delinquente pericoloso’, ma piuttosto quella del soggetto socialmente debole, *fortemente disturbato nelle relazioni sociali*, con problemi caratteriali o di adattamento, ovvero inserito in ambienti sociali problematici, spesso con un precoce inizio della carriera criminale: un soggetto dunque <<*socialmente debole, che inciampa ripetutamente*>><sup>350</sup>.

Si può dunque ritenere dette leggi come espressione di un diritto penale che, anziché mitigare, contribuisce ad esasperare le iniquità sociali, contribuendo ad affossare chi è già in difficoltà e ad offrire ancora più garanzia di una via d’uscita a chi è già in salvo<sup>351</sup>, come visto nell’esperienza americana, laddove

---

<sup>347</sup>In questo senso anche CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., p. 94. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 846, anche per la sommaria enunciazione dei meccanismi utilizzati da *prosecutors* e dagli organi giudicanti in California per eludere l’automatismo contenuto nello spirito originario della legge.

<sup>348</sup>Cfr. FEELEY, *Le origini*, 430.

<sup>349</sup>Cfr. per tutti PONTI, *Compendio di criminologia*, 1999, IV ed., p. 380.

<sup>350</sup>Così SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des A.T. und des Dritten Buches “Einführung und Anwendung des Gesetzes” des Schweizerischen StGB*, 1986, p. 127: così DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 516.

<sup>351</sup>In questi termini PULITANÒ, *La cultura del controllo. Uno sguardo sulla storia recente del sistema penale italiano*, in CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Atti del Convegno in onore di David Garland*, 2005, p.109, cit. da DELLA BELLA, *op.ult. cit.*, p. 863.

l'applicazione della sfavorevole disciplina è parsa appannaggio delle fasce più marginali della popolazione.

Appare invero evidente che tale istituto abbia nella prassi dimostrato scarsi risultati nella prevenzione della criminalità, accentuando invece il carattere selettivo del diritto penale. Chiave di volta, nell'opera di contenimento degli effetti potenzialmente dirompenti della legge dei tre colpi, è stata massimamente individuata nella resistenza opposta dalla giurisprudenza, dati gli ampi spazi di discrezionalità conferiti sia agli organi del pubblico ministero che a quelli giudicanti.

Pur in assenza di conferme empiriche, è stato già osservato come tali conseguenze deriveranno plausibilmente anche nel nostro sistema, soprattutto ad opera dei giudici, forse i più attenti alle esigenze di reintegrazione e risocializzazione imposte dalla nostra Carta fondamentale<sup>352</sup>, come dimostrato dalle numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, fin da subito sollevate in ordine a diversi aspetti della rinnovata disciplina (vd. *supra*, *Capitolo Primo, Sezione Seconda*, § 5)

Il diritto penale dell'esclusione, che approfondisce il divario tra chi è in difficoltà, il quale viene sempre più abbandonato a se stesso, e chi invece è già in salvo, al quale si offrono ulteriori *chance* di rimanere in tale posizione, espressione della "*cultura del controllo*"<sup>353</sup> trova quindi esplicazione nel modello delineato dalla riforma sulla recidiva :<<*lo spettro che si aggira anche da noi è il paradigma amico nemico: (...) un diritto che differenzia tra noi e loro; tra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare, con qualsiasi mezzo*>><sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup>Sottolinea il radicale contrasto tra la nuova disciplina della recidiva ed il principio della rieducazione del condannato, DOLCINI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 80.

<sup>353</sup>Efficace espressione utilizzata da GARLAND nel titolo della sua opera, *La cultura del controllo* cit.

<sup>354</sup>PULITANO', *La cultura del controllo*, cit. p. 109.

Di fronte a tale allarmante presa di distanza da fondamentali principi del nostro ordinamento costituzionale, agli studiosi di entrambi i Paesi – e questa è l'ennesima analogia - non è rimasto che aggiungere alla critica l'invito – rivolto ancora una volta ai giudici - ad una cauta ed illuminata applicazione delle nuove disposizioni<sup>355</sup>.

## **6. L'evoluzione nella disciplina normativa della recidiva nell'ordinamento tedesco.**

Scelta quasi obbligata si rivela quella concernente un tentativo di comparazione tra l'ordinamento italiano e quello della Repubblica Federale di Germania<sup>356</sup>, e questo per varie ragioni: prima tra tutte, quella relativa all'inserimento dello stesso nella famiglia romano-germanica, cui appartiene anche il nostro sistema penale, ed all'innegabile influenza che da sempre la dottrina tedesca esercita anche sulla riflessione circa il fondamento degli istituti giuridici 'nostrani', ma, soprattutto, per i fini che ci interessano, poiché la Repubblica Federale Tedesca ha proceduto, fin dal 1986, all'abrogazione della previgente figura di recidiva, prevista dal § 48 *StGB*, rinunciando pertanto al riconoscimento di una autonoma disposizione, comportante peraltro come unico effetto – rispetto alla 'nostra' recidiva – quello di un aumento del minimo edittale (per il recidivo era invero prevista la pena minima di sei mesi, al posto di un mese) a carico del recidivo, i cui precedenti penali rileveranno solo quali indici di commisurazione della pena, *ex* § 46 *StGB*.

È stato peraltro rilevato come nella prassi, durante la vigenza del § 48 *StGB*, i giudici ne avessero nondimeno fatto un'applicazione alquanto moderata, mentre a seguito della riconduzione dei precedenti penali nell'alveo della commisurazione

---

<sup>355</sup>DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 545. Analogam. ZIMRING-HAWKINS- KAMIN, *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*, cit., p. 223.

<sup>356</sup>Per ulteriori approfondimenti, vd. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 192 ss.

in senso stretto della pena, quest'ultima subisca frequentemente un aumento proprio in considerazione di tali fattori<sup>357</sup>, che rappresentano inoltre il criterio di aumento infraeditale della sanzione più frequentemente applicato.

E' stato sottolineato<sup>358</sup> quale profondo influsso abbia suscitato proprio il § 48 *StGB* in quella parte della dottrina italiana impegnata a rinvenire una conferma, sul piano del diritto positivo, dell'inserimento della recidiva nella sfera della colpevolezza per il fatto, e quindi sull'individuazione del fondamento della stessa. Anche a seguito dell'abrogazione del § 48 *StGB*, peraltro, i motivi di interesse non paiono essere diminuiti: coloro i quali hanno condotto una ricostruzione del fondamento della recidiva, nel sistema penale italiano, coincidente con quella accolta dal legislatore tedesco al § 48 *StGB*, si sono infatti accollati susseguentemente l'ulteriore compito di appurare se, anche con riferimento al § 46 *StGB*, regolante i criteri di commisurazione della pena, fosse analogamente prospettabile una chiave di lettura dei precedenti penali quali indici di una più intensa *Tatschuld* (o colpevolezza per il fatto), ovvero se i precedenti penali (la vita anteatta del reo) possano interpretarsi come indice di maggior colpevolezza, derivante dall'inosservanza dell'ammonimento derivante dalla precedente condanna, nonché di manifestazione di un accentuato bisogno di specialprevenzione<sup>359</sup>.

Una disamina del procedimento e delle ragioni, che hanno condotto il legislatore tedesco a procedere all'abolizione della previgente figura generale di recidiva, rivestono particolare interesse, al fine di vagliare le possibili soluzioni normative *de iure condendo* corrispondenti alle odierne esigenze politico-criminali.

Discostandosi da una tradizione legislativa risalente al Codice napoleonico, lo *StGB* del 1871 non prevedeva una figura generale di recidiva, ma solo cinque

---

<sup>357</sup> Vd. per tutti JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 5 ed., 1996, p. 6.

<sup>358</sup> AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 193.

<sup>359</sup> FISHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50 ed., 2001, § 46, p. 337 ss.

ipotesi di recidiva specifica, tra l'altro non del tutto coincidenti quanto ai relativi presupposti applicativi<sup>360</sup>.

L'assenza di una disposizione generale, sanzionante un aggravio sanzionatorio per il recidivo, costituiva pertanto conferma della decisa adesione del legislatore del 1871 al principio della responsabilità penale per il singolo fatto<sup>361</sup>.

Una prima riforma del quadro normativo configurante il trattamento legale del recidivo risale al 1933, con l'emanazione del *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, il quale, pur lasciando inalterate le previgenti figure di recidiva specifica presenti nel Codice del 1871, vi introduce la figura del delinquente abituale pericoloso. La particolarità di tale nuova ipotesi delittuosa risiede nel fatto che, mentre al § 20 viene previsto un aggravamento sanzionatorio per il delinquente abituale pericoloso, allo stesso tempo si stabilisce al § 42 l'applicazione congiunta di una misura limitativa della libertà per il pregiudicato con la qualifica di cui al § 20, all'ulteriore condizione che la sicurezza pubblica lo richieda. In tal modo, viene dunque accolto il sistema del doppio binario – pena e misura di sicurezza – per il delinquente abituale quale duplice strumento repressivo nei confronti della ricaduta del reato.

Tuttavia rileva osservare che tanto l'aggravamento di pena – di cui al § 20 *StGB* - quanto l'applicazione della misura di sicurezza, trovavano il proprio fondamento nella pericolosità del reo: proprio sulla base di tale stato di pericolosità, assunto a presupposto dell'applicazione di tali conseguenze sanzionatorie, la dottrina tedesca aveva ricostruito la figura del delinquente abituale come *tipo d'autore*, punito in modo più grave rispetto alla sua

---

<sup>360</sup> Per i suddetti riferimenti, cfr. AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 194.

<sup>361</sup> BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 1. Teil, in *Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, 1939, p. 403, osserva che nella scelta di escludere una figura generale di recidiva, rilevava, da un lato, anche il rifiuto di presunzioni di pericolosità e di pene derivanti dalla fama del soggetto – “*Leumundsstrafen*” - , e, dall'altro, il principio del “*ne bis in idem*”, per il quale avrebbe dovuto essere preclusa una nuova considerazione della precedente condanna.

colpevolezza per il fatto – *Tatschuld* – in ragione della colpevolezza per la sua condotta di vita – *Lebensführungsschuld*.<sup>362</sup>

A seguito della caduta del regime nazista, si impose dunque prepotentemente la questione della compatibilità di tale figura con i principi di uno Stato di diritto, lamentandosi il conflitto con il principio di colpevolezza per il fatto insito nella previsione di pene rapportate al solo grado di pericolosità soggettiva.

Sebbene concorde nel richiedere una espressa abrogazione del § 20 *StGB*, la dottrina tedesca non riuscì peraltro ad assumere una posizione univoca circa il trattamento da accordarsi al fenomeno della recidiva. Analogamente, i progetti legislativi nel frattempo intervenuti presentarono tra loro innegabili differenze.

L'*Entwurf 1962* proponeva l'introduzione di una disposizione generale - il § 61 E 1962 – statuente un aggravamento di pena per il reo, qualora fosse ad egli rimproverabile, in relazione alle modalità ed alle circostanze dei fatti, la mancata osservanza del monito derivante dalla pregressa condanna.

Nell'*Alternativ – Entwurf*, invece si optava per la rinuncia ad una figura generale di recidiva, sulla base della considerazione secondo cui l'aumento di pena, previsto dal precedente progetto, avrebbe configurato una figura attenuata di delinquente abituale (quindi una ipotesi di *Lebensführungsschuld*), incompatibile

---

<sup>362</sup> Anche nella dottrina italiana si registrano interpretazioni circa il reale fondamento di tale bivalente tipologia legale soggettiva, in particolare sulla questione della presenza o meno, nel sistema penale tedesco, di una distinzione tra sfera diagnostico-repressiva della pena e prognostico-peventiva della misura di sicurezza. GRISPIGNI, *Il significato delle nuove disposizioni sul diritto penale della gioventù in Germania*, in *La Scuola Positiva*, 1941, p. 102 rilevava come tale aggravamento sanzionatorio nei confronti del delinquente abituale pericoloso avrebbe comportato <<l'accoglimento esplicito e solenne che la misura della pena si determina in base alla pericolosità>>. Su opposto versante dottrinale BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" d'autore*, in *Ridpp*, 1942 p. 5 ss, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 557 per cui la pericolosità di cui al § 20 doveva intendersi come proiettata verso il passato e non verso il futuro, e quindi estranea al concetto criminologico di pericolosità, intesa come probabile ricaduta nel reato, di cui al presupposto applicativo della misura di sicurezza. Ad avviso dell'illustre Autore, il legislatore tedesco avrebbe fatto riferimento ad un concetto analogo a quello nostrano di capacità a delinquere come criterio per l'individuazione della colpevolezza. Si ricordi che Bettiol aderisce a quell'orientamento dottrinale secondo cui gli indici della capacità a delinquere dovrebbero considerarsi come elementi per la graduazione della colpevolezza: sul punto, cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 403 ss.; ID., *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Ind. pen.*, 1979, p. 365 ss.



dunque con un sistema fondato sulla colpevolezza per il fatto – *Tatschuld* – quale limite al potere giudiziale di commisurazione della pena in base ad istanze specialpreventive<sup>363</sup>.

Da ultimo, la soluzione accolta dal legislatore tedesco, con la prima legge di riforma del 1969, è ricaduta altrove: come si è accennato, vengono infatti abolite le figure di recidiva specifica e viene contestualmente introdotta una disposizione generale, statuyente un aggravamento sanzionatorio nei confronti del recidivo (§ 17 *StGB*,– anticipatore del successivo § 48 *StGB*, introdotto dalla seconda legge di riforma). Tuttavia, pur respingendo la soluzione auspicata dai compilatori dell'*Alternativ-Entwurf*, la scelta della legge del 1969 presentava differenze anche con la legge del 1962, prevedendosi un aumento di pena per colui il quale, dopo essere stato condannato almeno due volte per un crimine o un delitto ed avere espiato almeno tre mesi di pena detentiva, avesse commesso un nuovo delitto doloso, qualora per le modalità e le circostanze dei reati commessi, potesse essere rimproverato per non avere osservato il monito nascente dalle precedenti condanne. La norma dl 1969 si limitava quindi a sancire un minimo di pena detentiva pari a sei mesi a fronte dell'aumento del doppio del massimo della sanzione applicabile, previsto originariamente dal § 61 E 1962<sup>364</sup>.

La riforma legislativa del 1969 non ha però contribuito a scemare le perplessità, manifestate dalla dottrina tedesca, circa l'opportunità di procedere ad un aumento sanzionatorio per il redidivo, cagionando di converso un rinnovato interesse e numerosi rilievi critici, sia di ordine politico-criminale che di natura dogmatica.

---

<sup>363</sup>Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, A.T., vol. I, 3 ed., 1997, p. 140.

<sup>364</sup>Si trattava invero pur sempre di una scelta orientata a configurare la recidiva come elemento di aggravamento della colpevolezza, ed in questo coincidente con la proposta del 1962, ed in tale suo significato riveste particolare interesse per quegli studiosi che hanno rinvenuto il fondamento della recidiva nella rimproverabilità soggettiva, rappresentando per essi tale norma la consacrazione sul piano del diritto positivo del modello di recidiva a sfondo diagnostico retributivo, imperniato su una più intensa colpevolezza per il fatto. Cfr. AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 203.

Sotto quest'ultimo profilo, il § 48 *StGB* prevedeva a carico del soggetto recidivo un fattore ulteriore, rispetto a quello ordinariamente richiesto ai fini dell'ascrizione psichica del fatto al suo autore, richiedendosi la rimproverabilità dello stesso per non avere saputo osservare il monito nascente dalla pregressa condanna: in breve, la maggior colpevolezza del recidivo deriverebbe proprio dalla sussistenza di una più intensa energia criminale che, oltre a comportare la cosciente ribellione alla norma penale, che connoterebbe il comportamento antigiusuridico nei casi di delinquenti primari, implica il superamento di tale ulteriore stimolo inibitori, rappresentato dalla precedente condanna.

A tale prevalente indirizzo dottrinario, si oppose da subito l'orientamento di coloro i quali, richiamandosi alle tesi codificate nell'*Alternativ-Entwurf*, contestavano l'inserimento della recidiva nell'alveo della colpevolezza, sottolineando l'aspetto evidenziato dall'approccio criminologico, per il quale la ricaduta nel reato non rappresenterebbe espressione di più intensa energia criminale, bensì di debolezza di carattere e difficoltà di adattamento. Si contestava inoltre anche la impossibilità di dimostrare tale asserita maggior energia criminale del soggetto, come di dimostrare il suo atteggiarsi ad una maggior colpevolezza. Veniva sottoposta a critica, infine, anche la tesi per cui l'accresciuta rimproverabilità derivasse proprio dalla consapevolezza della meritevolezza di pena derivante dalla precedente esperienza giudiziaria<sup>365</sup>.

Si affermava quindi la carenza della recidiva a sfondo diagnostico- retributivo, sia sul piano criminologico che su quello giuridico, rinvenendosi invero il suo più genuino fondamento in esigenze di prevenzione generale<sup>366</sup> e speciale.

---

<sup>365</sup>Per maggiori approfondimenti in argomento, vd. AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, pp. 205-206.

<sup>366</sup>Per approfondimenti critici su tale nozione, vd. ANDENAES, *La prevenzione generale:illusione o realtà?*, in *Ridpp.*, 1953, p. 269 ss.; ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano -Stella , Bologna 1980, p. 33; AMATO, *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 1981,p. 492; FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in AA.VV. *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci -Dolcini, Milano,

Appare di tutta evidenza, anche da tale sintetico quadro, come la dottrina, anche a fronte di un chiaro testo legislativo, abbia tuttavia individuato quali reali motivi sottesi all'aggravamento sanzionatorio previsto per il recidivo esigenze di tipo specialpreventivo.

Nonostante tutti i suesposti rilievi critici, le ragioni che hanno indotto il legislatore tedesco ad abrogare, con la legge del 13 aprile 1986, il § 48 *StGB*, sono state prevalentemente di altro genere: in particolare, determinante è stato l'esame dei risultati ottenuti dalla norma, nel corso del periodo della sua vigenza, proprio sul piano della prevenzione speciale. L'intento perseguito di ottenere una maggiore risocializzazione si era infatti dimostrato illusorio, e rispetto alle forme di recidiva nell'ambito della c.d. microcriminalità si erano palesati numerosi dubbi riguardo l'opportunità del ricorso alla pena detentiva.

Per quanto concerne il dibattito avente ad oggetto la natura giuridica assegnabile all'istituto, è interessante osservare come l'espressa inclusione della recidiva nell'ambito della sfera della colpevolezza, come palesato dalla stessa formulazione del § 48 *StGB* (e contrariamente a quanto accade tuttora in Italia, ove il disposto di cui all'art. 99 c.p. pare legittimare ricostruzioni sia in chiave diagnostico repressiva sia di tipo prognostico preventivo), ha consentito alla dottrina tedesca di contestare non tanto l'esegesi del § 48 *StGB*, che inquadrava chiaramente la recidiva come elemento di elevazione della colpevolezza, quanto la fondatezza di tale impostazione sul piano più strettamente politico-criminale, come evidenziato dalle ricerche criminologiche. Le suddette avrebbero difatti rilevato come al recidivo non sarebbe in vero rimproverabile un maggior grado di colpevolezza, in quanto, nel maggior numero dei casi, la condotta recidivante non costituirebbe sintomo di energia criminale più intensa, bensì di debolezza caratteriale e di problemi di ordine sociale<sup>367</sup>.

---

1985; DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Ridpp.*, 2/2002, p. 439.

<sup>367</sup>Per ulteriori approfondimenti, cfr. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., spec. p. 208 ss.

### **6.1. L'attuale inquadramento normativo della recidiva nel sistema penale tedesco:l'inclusione tra gli indici commisurativi della pena.**

A seguito dell'abrogazione del § 48 *StGB* la recidiva, ricadendo tra i precedenti penali del reo, può, al pari di questi ultimi, venire in considerazione in qualità di indice per la commisurazione della pena, ai sensi del § 46 *StGB*.

Concordia sussiste dunque nel ritenere attualmente la recidiva come uno dei tanti indici di commisurazione della pena, che il giudice deve considerare al fine di pervenire alla quantificazione della pena adeguata al caso concreto. Dottrina e giurisprudenza tedesche concordano nel ritenere che il giudice debba effettuare una valutazione globale della vita antecedente al delitto, fornendo una valutazione dei precedenti penali del reo sia di tipo positivo – incensuratezza - che negativo – presenza o meno di precedenti condanne.

Si propone peraltro una situazione analoga a quella che si registra da noi in ordine ai criteri finalistici *ex art. 133 c.p.*: infatti, a differenza del § 48 *StGB*, il quale espressamente elencava i presupposti fondanti la qualità di recidivo, il § 46 *StGB* è muto al riguardo, non indicando i criteri che il giudicante deve tenere in considerazione al fine di valutare la rilevanza della recidiva del soggetto.

La dottrina maggioritaria propende quindi per una utilizzazione dei criteri sanciti dal § 46 *StGB* anche al fine della valutazione dei precedenti penali del reo: vengono in rilievo da un lato, la colpevolezza, dall'altro gli *<<effetti che ci si può attendere dalla pena sulla futura vita sociale del reo>>*, apparendo entrambi rilevanti per la determinazione della recidiva: i precedenti penali del reo rileverebbero quindi sia ai fini della stima del grado di colpevolezza, sia per la graduazione del bisogno di rieducazione.

Con riferimento ai precedenti penali, la giurisprudenza ha inoltre ribadito in via interpretativa il criterio che è stato del § 48 *StGB*, ritenendo che le precedenti condanne debbano valutarsi, in sede di commisurazione giudiziale, sul presupposto che al reo sia rimproverabile la mancata osservanza del monito

nascente dalla precedente condanna. Deve peraltro riconoscersi che la scelta compiuta con la novella del 1986 ha sicuramente accentuato la rilevanza dei precedenti penali in una prospettiva di tipo special-preventivo, dal momento che il § 46 *StGB*, a differenza del § 48 *StGB*, fa espresso riferimento a simile ordine di valutazioni<sup>368</sup>.

Deve peraltro essere segnalato che è tuttora in vigore il § 66 *StGB* (cui si sono aggiunti anche i §§ 66 a e 66 b), per il quale la ricaduta del reo in un'attività penalmente illecita può comportare - obbligatoriamente o facoltativamente - l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva, detta altrimenti 'custodia di sicurezza', - *Sicherungsverwahrung* -, qualcosa di simile alla 'colonia agricola o casa di lavoro' del nostro sistema, qualora *<<dalla valutazione complessiva dell'autore e del fatto risulti che, a causa della sua inclinazione a commettere rilevanti reati, ed in particolare quelli in conseguenza dei quali la vittima viene gravemente danneggiata sul piano psichico o fisico o viene causato un grave danno economico, egli è pericoloso per la società>>*<sup>369</sup>. La legge prevede peraltro numerosi presupposti al fine della applicazione della custodia di sicurezza, ed i giudici si sono dimostrati nondimeno restii ad applicarla, anche a seguito dell'abrogazione del § 48 *StGB*. Si tratta in ogni modo di una misura destinata a trovare applicazione nei soli casi in cui gli altri strumenti sanzionatori si rivelassero inefficaci o insufficienti, e pare quindi riferirsi propriamente a qualcosa di simile ai nostri delinquenti per tendenza o per inclinazione, per i quali

---

<sup>368</sup> Perviene a tale conclusione anche AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 214.

<sup>369</sup> Ai sensi del § 66 c. 1 *StGB*, la custodia di sicurezza può disporsi nei confronti di colui il quale venga condannato per un reato doloso ad almeno due anni di pena detentiva, in presenza delle seguenti condizioni: a) il soggetto deve avere riportato almeno due condanne a pena detentiva di almeno un anno ciascuna; b) deve avere scontato tali pene per almeno due anni; c) deve risultare incline a commettere rilevanti reati, tali da esporre la vittima a gravi danni fisici o psichici ovvero tali da produrre un grave danno economico. Il comma 2 prevede poi l'applicazione della misura nei confronti di soggetto incline a delinquere già in occasione di una seconda ovvero di una prima condanna: la condanna deve, in tali casi, essere pronunciata per almeno tre reati, e la pena detentiva inflitta ammontare ad almeno tre anni; ai sensi del comma 3 deve trattarsi di seconda condanna pronunciata per reati di particolare gravità (ad esempio, alcuni delitti sessuali, lesioni personali pericolose, maltrattamenti di soggetti sottoposti a custodia, etc.).

anche in Italia è prevista la figura della misura di sicurezza, che non alla figura ‘normale’ ordinaria di recidivo.

Deve in ogni caso rilevarsi che, a seguito dell’abrogazione della figura generale di recidiva, tale istituto è stato potenziato, avendo il legislatore affiancato al § 66 i nuovi §§ 66a e 66b *StGB* (rispettivamente nel 2002 e nel 2004), che consentono al giudice di applicare tale misura – oltre che a decorrere dalla pronuncia giudiziale di condanna, come per il § 66 *StGB* – anche *nel corso della esecuzione della pena detentiva*, qualora sia stata formulata in tale sentenza espressa riserva (c.d. *custodia di sicurezza con riserva*: § 66a), ovvero, anche in assenza di riserva (come previsto dal § 66b: c.d. *custodia di sicurezza successiva*)<sup>370</sup>. Vale nondimeno precisare che, mentre nelle ipotesi *ex* § 66a la misura è applicabile in ogni ipotesi di delitto doloso, le fattispecie di cui ai §§ 66a e 66b possono applicarsi con riferimento ad una circoscritta cerchia di reati<sup>371</sup>.

Appare opportuno, a questo punto, addivenire ad alcune considerazioni conclusive.

Da un punto di vista politico-criminale, l’esperienza tedesca costituisce una scelta antitetica a quella italiana: già sotto la vigenza della precedente disciplina,

---

<sup>370</sup> Cfr. PRITZWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della ‘custodia di sicurezza’*, in COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 2005, p. 81 ss., osserva come tale estensione dell’ambito applicativo della misura, propiziata da una amplificazione da parte dei *mass media* del senso di insicurezza indipendentemente dall’andamento della criminalità reale, ma anche assecondata, a parere dell’A. colpevolmente da parte della Corte Costituzionale tedesca, incarni il paradigma di una *politica populista che attenta allo Stato di diritto*.

<sup>371</sup> Il § 66a può applicarsi solo con riferimento ai reati indicati al § 66 comma 3 (Vd. *Supra*, nota 314), mentre il § 66b concerne esclusivamente condannati per *crimini* contro la vita, l’incolumità personale, la libertà personale l’autodeterminazione sessuale, rapina aggravata o seguita dalla morte della vittima, o, ancora per i delitti previsti dal comma 3 del § 66 *StGB*. La prognosi che inoltre viene richiesta al giudice è assai stringente e mirata, richiedendosi una *elevata* probabilità che il condannato commetta in futuro “*importanti reati che producano alla vittima gravi danni alla sfera fisica o psichica*” (in queste ipotesi scompare il riferimento alla sfera economica). La Corte Costituzionale tedesca ha salvato la norma di cui al § 66b *StGB* dalle prospettate censure di legittimità facendo leva sulla “*stretta delimitazione dell’ambito applicativo del § 66b*” dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo, concludendo per tale via il rispetto del principio di proporzione: cfr. *BVerfG*, sentenza 23 agosto 2006, n.226, in [www.bverf.de/entscheidungen/rk2006823](http://www.bverf.de/entscheidungen/rk2006823).

l'incidenza della recidiva sul piano dell'aggravamento sanzionatorio è stata sempre più limitata rispetto al sistema italiano, ancor di più allo stato attuale, in cui la stessa rileva entro i limiti edittali della pena in ambito di commisurazione giudiziale della stessa. Il sistema penale tedesco costituisce quindi <<un modello per il trattamento legale della ricaduta nel reato che (...) dovrà rappresentare un inevitabile punto di riferimento anche per il legislatore italiano>><sup>372</sup>.

## **7. Il quadro normativo in cui si colloca il problema della recidiva nell'ordinamento austriaco.**

A completamento dell'indagine comparatistica, volta ad evidenziare le linee portanti della disciplina normativa in tema di recidiva nei sistemi di diritto continentale, si rivela particolarmente proficua – sebbene per ragioni espositive circoscritta a brevi cenni - l'analisi del trattamento penale dell'istituto in Austria: sia da una prospettiva politico-criminale, in quanto la introduzione del Codice penale austriaco è coeva ai provvedimenti che si sono occupati di disegnare il volto della recidiva in Italia (1974) e in Germania (1986); sia sotto un profilo più strettamente dogmatico, atteso che nello *Strafgesetzbuch* austriaci l'aggravamento sanzionatorio previsto per il recidivo sembrerebbe attagliarsi con la ricostruzione in chiave diagnostico-preventiva<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup>Così AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 216.

<sup>373</sup>Nell'ambito della famiglia giuridica romano-germanica, è dato peraltro riscontrare profonde differenze nelle scelte normative *in subiecta materia*. Si cita il caso emblematico del *Code pénal*, che ha sostituito in Francia il precedente Codice napoleonico, nel quale è stata introdotta una figura di recidiva anche relativamente alla responsabilità penale delle persone giuridiche. Tale forma di responsabilità penale a carico di enti morali parrebbe giustificarsi sotto un'ottica di tipo preventivo, dovendosi ritenere estranea in tal senso una finalità retributiva della pena (così TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Ridpp*, 1995, p. 629). Deduce un fondamento preventivo anche per la figura generale di recidiva in Francia AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 218. Tale visione in senso specialpreventivo della recidiva non può comprendersi se non alla luce dell'adesione della dottrina francese, sul piano più generale del principio di colpevolezza alla concezione psicologica della stessa, e non alla concezione

L'ordinamento giuridico austriaco prevede, in materia di recidiva, il sistema del doppio binario, stabilendo un aumento di pena (§ 39 *StGB*) e nondimeno l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva (§ 23 *StGB*) per il recidivo giudicato pericoloso. Non si può che concordare con chi ribadisce le perplessità per una scelta politico-criminale sempre meno in linea con i principi di un moderno sistema penale, che prevede un duplice trattamento sanzionatorio per il delinquente imputabile e pericoloso.

Il § 39 *StGB* attribuisce al giudice il potere discrezionale di aumentare la pena fino alla metà del massimo edittale nei confronti del recidivo, già condannato per due volte per reati della medesima <<*inclinazione dannosa*>>, di cui abbia espiato almeno in parte la pena, che commetta un nuovo illecito espressione della medesima <<*inclinazione dannosa*>>.

Parrebbe dunque che il Codice penale austriaco consideri la recidiva – che è peraltro solo *specifica* - come fattore di aggravamento della colpevolezza del reo. Non parrebbe peraltro estranea alla valutazione circa la <<*inclinazione dannosa*>> del recidivo una stima in chiave di pericolosità, quale presupposto per l'aggravamento sanzionatorio, discostandosi dal § 48 *StGB* tedesco, al quale erano estranee valutazioni prognostiche di tipo specialpreventivo, Il § 71 *StGB* costituisce conferma dell'assunto, laddove riconosce sussistente la medesima <<*inclinazione dannosa*>> (*Schädliche Neigung*) tra illeciti penali che offendono lo stesso bene giuridico o siano riconducibili a motivazioni riprovevoli simili tra loro, o alle stesse <<*mancanze caratteriali*>>. Proprio facendo leva su quest'ultimo dato, appartenente alla personalità del reo, appare evidente agli interpreti l'obbligo per il giudice di valutare il nuovo illecito non solo in

---

normativa (sulla quale, facendosi leva sull'incompatibilità tra la stessa e la responsabilità penale delle persone giuridiche, si fondavano le obiezioni formulate dal tanta parte della dottrina contraria all'abbandono del principio "*societas delinquere non potest*"). Sul punto per tutti DE SIMONE, *Il nuovo Codice penale francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Ridpp*, 1995, p. 189 ss.; VINCIGUERRA, *Francia: il nuovo codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 381 ss.). Per una analisi delle recenti tendenze in materia di recidiva nel sistema penale francese, culminate con la legge n. 1198 del 10 agosto 2007, vd. PERSIO, *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. e proc.* n. 3/2008, p. 372 ss.



valutazione retrospettiva, ma soprattutto in chiave di attitudine futura alla commissione di nuovi illeciti.

## **8. Note conclusive dell'indagine comparatistica.**

L'analisi comparatistica sommariamente tratteggiata, finalizzata non solo ad un approfondimento esegetico-dogmatico dei problemi comuni a diversi sistemi penali, ma anche alla ricerca di un modello di recidiva quanto più possibile corrispondente alle esigenze politico-criminali di un moderno sistema penale di diritto, ha rivelato nondimeno l'assenza di linee politico-criminali comuni nell'approccio e nella disciplina del problema.

Si riscontrano, di converso, notevoli discrepanze e dati discordanti nel confronto con altre legislazioni.

L'approccio al problema del recidivismo che, fino a poco tempo fa, si discostava maggiormente dalle linee di politica penale dell'Italia, ossia quello statunitense, è quello che ha a tutt'oggi più punti di attinenza con l'ordinamento italiano, come si è venuto configurando a seguito della legge *ex Cirielli*.

Si rilevano, al contrario, consistenti divari proprio nell'ambito di sistemi appartenenti alla medesima famiglia giuridica: significativo è inoltre la constatazione che a differenza di paesi di *common law*, i quali hanno abbandonato il sistema del doppio binario già a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, ordinamenti come quello italiano e austriaco ancora non abbiano abbandonato il duplice trattamento – pena e misura di sicurezza- nei confronti del recidivo pericoloso.

Sicuramente ancorate ad una visione politico-criminale più moderna e razionale sono state le legislazioni francese e spagnola, le quali hanno riservato il compito di contrastare il fenomeno della ricaduta nel reato al solo aggravamento sanzionatorio, con esclusione di misure di sicurezza.

La stessa scelta di procedere ad un aggravio sanzionatorio nei confronti del recidivo non viene peraltro unanimemente condivisa tra gli Stati europei: emblematica la scelta del legislatore tedesco, che ha ritenuto di abrogare la figura generale di recidiva come fattore di aggravamento sanzionatorio, a favore di una sua inclusione tra gli altri indici di commisurazione intraedittale della pena in sede giudiziale.

Si può quindi concludere che non esiste un modello di recidiva unanimemente accolto dagli stati europei, pur sussistendo moniti, anche di natura internazionale, affinché tale traguardo possa essere raggiunto, anche in questo settore. Si allude alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 17 – *Consistency in sentencing*, adottata dal Comitato dei Ministri in data 19 ottobre 1992, con la quale si invitano gli Stati membri ad adottare misure appropriate al fine di giungere, con idonee modifiche normative, ad una maggiore coerenza ed uniformità nell'ambito delle condanne comportanti l'irrogazione di sanzioni penali, al fine di favorire un avvicinamento delle legislazioni dei vari Stati, assicurante una maggiore omogeneità nel trattamento di istituti tra loro simili<sup>374</sup>. Per quanto concerne il problema del ruolo dei precedenti penali nella fase di commisurazione della pena, la Raccomandazione prevede alcuni principi cui dovrebbero attenersi i legislatori: si invitano infatti i governi degli Stati membri, da un lato, ad abolire presunzioni legali ed ogni genere di automatismo nella dichiarazione di recidiva, e ,dall'altro, a garantire un rapporto di proporzionalità tra reato commesso e pena inflitta, qualora si opti per un aggravamento sanzionatorio nel caso di ricaduta nel delitto. Si rammenta infine l'opportunità di escludere il riconoscimento di una qualifica soggettiva di recidivo sia nel caso di decorrenza di un lungo periodo dalla precedente condanna, sia nell'ipotesi di minori o nell'ipotesi di reati – sia quello *sub iudice* che quelli già giudicati – di

---

<sup>374</sup> Per quanto concerne la recidiva e il potere di commisurazione della pena, si veda propriamente l'art. D dell'Appendice alla Raccomandazione n. R (92) 17.

natura bagatellare. Tale raccomandazione avrebbe potuto costituire un valido punto di riferimento per un nucleo essenziale di principi cui attingere nella configurazione dell'istituto *de iure condendo*<sup>375</sup>.

Per quanto concerne il secondo nodo problematico affrontato anche in prospettiva comparatistica, riguardante il fondamento e la natura giuridica dell'istituto, possiamo registrare il dato acquisito della sostanziale assenza di una riflessione analoga a quella operata nell'ordinamento italiano riguardo il problema della configurazione dogmatica dell'istituto, in termini di circostanza o di indice commisurativo della pena. Questa conclusione si spiega tenendo presente le differenze che si riscontrano, in merito a tale aspetto, tra i diversi sistemi giuridici, molti dei quali disconoscono un istituto analogo a quello italiano delle circostanze in senso proprio, intese come elementi accidentali del reato comportanti una modifica sanzionatoria *extraeditale*<sup>376</sup>. Negli ordinamenti sottoposti ad analisi nel presente contributo, invero, la recidiva si trova comunemente ricondotta agli indici di commisurazione della pena.

Diversamente, il dibattito circa la *ratio* fondante dell'istituto ha trovato accoglimento anche nei dibattiti dottrinali d'oltralpe secondo linee peraltro analoghe a quelle accolte nella dottrina italiana. Si è infatti verificato nei vari Paesi che, indipendentemente dalla collocazione nel testo normativo, il dibattito si sia spesso concentrato sulla plausibilità della collocazione della ricaduta nel reato in una prospettiva di colpevolezza ovvero di pericolosità.

È stato autorevolmente osservato che <<l'indagine comparatistica abbia messo in luce come la *vexata quaestio* in ordine alla ragion d'essere della recidiva sia ben lungi dal considerarsi risolta>><sup>377</sup>.

Il modello di recidiva improntato all'idea di una maggior colpevolezza per il fatto, è stato da taluni riscontrato solo nel vecchio § 48 *StGB* tedesco, oramai

---

<sup>375</sup> Cfr. in tal senso l'auspicio di AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 227.

<sup>376</sup> Cfr. MANNA, *Le circostanze del reato*, cit., n. 1.

<sup>377</sup> AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 228.

abrogato, mentre il § 39 *StGB* austriaco sembrerebbe lasciare spazio anche a valutazioni di ordine specialpreventivo. Per quanto concerne gli altri ordinamenti, quello degli Stati Uniti prefigura un ambiguo modello di disciplina che lascia poco spazio a valutazione di ordine dogmatico, per far leva su dati economici (il rischio sociale, ad esempio)<sup>378</sup>.

Tale discorso a noi pare inserirsi nella ulteriore *vexata questio* della polifunzionalità della pena, e come tale va inserito nel più ampio contesto della valutazione circa la legittimità di una prospettiva prevalente tra le funzioni della pena riconosciute nel nostro ordinamento costituzionale, che abbiamo affrontato al *Capitolo Secondo*. Le osservazioni *ivi* svolte possono infatti svolgere <<*un ruolo costruttivo nel mettere a fuoco le problematiche essenziali al di là della regolamentazione concreta sul piano del diritto positivo*>><sup>379</sup> e dalla soluzione che ne viene fatta discendere dipende in grande misura anche una corretta direttiva per l'interpretazione dell'istituto della recidiva.

---

<sup>378</sup>L'inasprimento sanzionatorio nei confronti del recidivo, previsto dall'ordinamento penale britannico, pare inserirsi tradizionalmente in un approccio di tipo preventivo al fenomeno del *recidivism*, pur avendo il *Criminal Justice Act* del 1993 introdotto un disposto che prevede il potere del giudice di valutare le precedenti condanne al fine di valutare *la gravità dell'offesa*: occorre peraltro intendersi sul corretto significato da attribuire alla parola 'offesa', sebbene alcuni A. (AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 229) vi abbiano da subito intravisto un'apertura verso una figura di recidiva incentrata su una maggior colpevolezza per il fatto.

<sup>379</sup>Così AMBROSETTI, *op. ult. cit.*, p. 230.

***Rilievi conclusivi, critica e ipotesi di riforma.***

***Analisi della possibile ragion d'essere teorico-giuridica e politico-criminale della recidiva nel sistema italiano alla luce dell'analisi comparatistica, dei nuovi progetti di riforma e dei contributi dottrinari e giurisprudenziali. Critica e spunti di ricostruzione dell'istituto.***

La prospettiva, qual è quella noi adottata, mirante ad una configurazione della recidiva adeguata ad una visione moderna delle categorie dogmatiche del diritto penale, e conferente rispetto ad una politica criminale orientata ai valori costituzionali, ci porta a sottolineare diversi aspetti dell'odierna configurazione teorica e politico-criminale, confliggenti con tale obiettivo.

Tale problematica dimostra altresì aspetti di sicuro interesse laddove si consideri che in Italia pare, invero, non essere mai stata messa in discussione la sopravvivenza, nei termini peraltro in cui essa è sempre stata prevista, della recidiva: anche nei vari - ed a tutt'oggi peraltro infruttuosi - progetti di riforma del Codice penale, succedutisi in questi anni, non sono state avanzate proposte ricostruttive realmente innovative in ordine alla configurazione dogmatica e politico-criminale della recidiva, il più delle volte ripiegandosi nuovamente in una prospettiva di tipo diagnostico repressivo<sup>380</sup>, dimostrando per tale via una totale

---

<sup>380</sup>Si pensi allo schema di legge delega elaborato dalla Commissione Pagliaro, *cit.* da AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit. p. 232 ss, il quale prevede la riconduzione di figure, qualificate nel Codice penale vigente come tipologie soggettive a sfondo sintomatico repressivo (con riferimento a recidiva, abitudine e professionalità delittuosa), come <<figure circostanziali di natura reale-repressiva>>, <<inserite nell'orbita della pena (e vincolate dunque al rispetto del principio di colpevolezza)>>, seppure subordinandole a <<limiti cronologico ed alla medesima indole dei reati>>. La recidiva avrebbe trovato inoltre collocazione non più nel titolo dedicato al reo, bensì nel libro secondo – *Del reato*, e avrebbero dovuto prevedersi anche i presupposti sulla base dei quali escludere tali figure circostanziali, in quanto non significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto. Per quanto concerne il Progetto Riz (disegno di legge n. 2038/1995), invariata restando la collocazione nel titolo dedicato al <<reo ed alla persona offesa dal reato>>, nulla veniva espressamente disposto in ordine alla recidiva. Si deduceva un suo inquadramento come circostanza aggravante dalla previsione, con riferimento alle ipotesi di abitudine o

chiusura verso le più recenti acquisizioni criminologiche e le ultime tendenze a livello internazionale. Se una proposta di riforma veniva avanzata, essa riguardava nondimeno l'auspicio di una limitazione della recidiva, nel senso di una messa in discussione quantomeno dei caratteri di genericità e di perpetuità, che costituisce una vera spada di Damocle destinata ad incombere minacciosamente sulla testa di ogni soggetto, qualunque sia il lasso di tempo trascorso dalla precedente condanna<sup>381</sup>.

Ma con l'ultima riforma del 2005 si è andati ben oltre, in una opposta linea di forte rivalutazione dell'istituto <<all'insegna di una *indiscriminata* severità, con punte di vero e proprio accanimento nei confronti del recidivo reiterato>><sup>382</sup> fino a calpestare – come è stato efficacemente osservato<sup>383</sup> - <<*i più elementari*

---

professionalità, di circostanze aggravanti per il cui accertamento fosse tuttavia sottratto ad ogni presunzione e riposasse su una <<*più rigorosa indagine sulla colpevolezza*>> da parte del giudice. Il progetto Grosso del 2001 aveva restaurato l'obbligatorietà della recidiva, sottoponendo tuttavia l'istituto a stringenti limiti sia temporali (limitandosi alla sola ipotesi di recidiva specifica infraquinquennale), sia negli aumenti di pena. Il Progetto Pagliaro non conteneva novità di rilievo rispetto all'art. 99 c.p. come configurato dalla riforma del 1974, riducendosi peraltro la recidiva alla sola forma semplice o aggravata, ricomprendendo quest'ultima anche l'ipotesi di reati della stessa indole ovvero di recidiva infraquinquennale. Sia Pagliaro che Nordio propendevano peraltro per un ritorno alla obbligatorietà della recidiva. In quasi tutti i casi si prevedevano invero dei limiti cronologici ed alla medesima indole dei reati, ovvero l'abolizione della generica ed un ridimensionamento degli effetti. Sul punto diffusamente BERTOLINO, *Problemi di coordinamento*, p. 1159. (vd. *supra*, nt. 30 e 165) L'ultimo progetto in materia recava “*Disposizioni urgenti per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie*”, c.d. Progetto Mastella, prevedeva la creazione di due ipotesi di recidiva: la prima, specifica infraquinquennale ed obbligatoria, sebbene discrezionale nella misura (prevedendosi l'aumento fino ad un quarto). La seconda, specifica reiterata infradecennale, con aumento (parrebbe) facoltativo fino alla metà della pena. Prevedeva inoltre la restaurazione della disciplina precedente alla legge del 2005 in materia di giudizio di bilanciamento e di circostanze attenuanti generiche, così come di reato continuato, come il venir meno dei limiti introdotti dalla ex-Cirielli in materia esecutiva e penitenziaria. Tra i primi commenti, vd. SPANGHER, *Più ombre che luci nel disegno di legge di riforma del processo penale ("pacchetto Mastella")*, in *Il Corriere del Merito*, 2007 fasc. 6, pp. 747- 751.

<sup>381</sup> Cfr. CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., p. 93; sull'<<assurdità> del carattere perpetuo della recidiva, vd. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 177.

<sup>382</sup> Tale è l'enfatica considerazione di DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit. p. 540.

<sup>383</sup> Così FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, cit., p. 1327, a proposito in specie della sconsiderata scelta, da parte del legislatore del 2005, di attribuire alla recidiva l'effetto <<*perverso*>> di condizionare i tempi di prescrizione del reato, con una vera e propria individuazione di un vero e proprio ‘tipo d'autore’:

*principi del nostro sistema penale e della logica>>*, e da più parti si sono levate proposte finalizzate ad un drastico contenimento dell'impatto fortemente stigmatizzante della riforma del 2005.

Quest'ultima ha espresso <<*una politica criminale che punta a realizzare l'obiettivo attraverso l' "esclusione" dei soggetti pericolosi più che mediante un' articolata e più efficace politica di prevenzione sociale*>>, rientrando a pieno titolo in quella che è stata efficacemente battezzata *politica dell'esclusione*:<<parliamo di politica dell'esclusione per sottolineare come in questi complessi normativi la risposta sanzionatoria sia finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di *fatti oggettivamente offensivi* quanto alla neutralizzazione di *soggetti* che, in ragione delle loro *qualità personali* di appartenenza a certe comunità o categorie sono per ciò solo ritenuti *pericolosi*>><sup>384</sup>.

Tre anni sono oramai trascorsi dall'approvazione della legge n. 251/2005, e pur avendo la necessaria freddezza interpretativa nelle considerazioni circa la sua portata applicativa, nonché in merito al messaggio politico-criminale sotteso alla stessa, i risultati cui è lecito pervenire non sono meno allarmisti e carichi di sgomento di quelli evidenziati nelle riflessioni che si ebbero a caldo, e che abbiamo più volte citato<sup>385</sup>.

L'impatto provocato sull'intero sistema penale ad opera di un <<*intervento approssimativo e sciatto*>>, che ha modificato<<*i connotati di un intero sistema penale, introducendo normativamente grossolane, quanto criminologicamente inconsistenti, categorie di "tipi d'autore"*>><sup>386</sup>, appare di preoccupante portata, e

---

sul tema vd. anche DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 538. Sull'effetto sui tempi di prescrizione del reato, vd. *supra*, CAP. I, § 4.4.

<sup>384</sup>PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 62.

<sup>385</sup> Per le tensioni con il principio di ragionevolezza, vd. RINALDI, *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva sul principio di ragionevolezza*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 3, p. 609.

<sup>386</sup> Efficacemente, RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. Pen.*, n. 2, 2007, p. 511.

stupisce l'affievolimento che ad oggi si è registrato dell'attenzione, che deve, a parere di chi scrive, tenersi invece perennemente alta sull'argomento.

Quale visione occorre quindi abbracciare, soprattutto in una prospettiva *de lege ferenda*, per ricostruire una figura di recidiva conforme al dettato costituzionale e conferente al nostro sistema dogmatico?

Non pare superfluo ribadire, come affrontato ampiamente nelle pagine che precedono, che la nuova disciplina della recidiva, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dalla legge c.d. *ex- Cirielli*, appare per molti versi inadeguata e per molteplici ragioni: in particolare

- a) per gli svariati profili di incostituzionalità che vi si annidano<sup>387</sup>.
- b) per la sua scarsa plausibilità su un piano politico-criminale.

A tali rilievi, che svolgeremo qui di seguito, devono premettersi considerazioni più specifiche di teoria generale, involgenti la stessa configurazione dell'istituto, per ciò che concerne la collocazione dogmatica e la ricostruzione funzionale dello stesso, come abbiamo cercato di dimostrare nei primi due capitoli del presente lavoro. Abbiamo infatti evidenziato i numerosi aspetti di incongruenza che, da sempre, si sono registrati nelle riflessioni aventi ad oggetto l'istituto, e che ora saranno portati alle estreme conseguenze, abbracciando una collocazione della recidiva nell'ambito - a nostro parere, più congeniale alla stessa - della capacità a delinquere *ex art. 133 c.p.*, conformemente tra l'altro all'esperienza tedesca.

---

<sup>387</sup>In breve, paiono a vario titolo coinvolti i principi di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena, nonché i principi di uguaglianza, di legalità in materia penale e di soggezione del giudice alla legge, involto sia dalla previsione di aumenti fissi, sia dai vincoli alla discrezionalità imposti al giudice. Con riferimento a quest'ultimo profilo, giurisprudenza costante ha ritenuto che la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali riposi esclusivamente sulla legge, potendo tale delicata funzione esplicitarsi secondo vincoli tassativi ovvero in ambiti riconosciuti di discrezionalità *Cfr. C. Cost., Sent. 50/1980, in Giur. Cost. I, p. 352*: in tale pronuncia si afferma che il principio di uguaglianza e <<legalità delle pene>> *ex art. 25 comma 2 Cost.*, che trae contenuti e orientamenti da altri principi sostanziali - come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma *Cost.* <<postula il sistema nel quale l'attuazione della giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità>>.



A favore di tale collocazione e soluzione ermeneutica militano, a nostro avviso, non solo esigenze di rispetto del principio di *ne bis in idem*, ma prima di tutto l'obbligo di osservanza dei fondamentali canoni costituzionali in materia penale (dal principio rieducativo al principio di personalità della responsabilità penale; dal principio di uguaglianza-ragionevolezza al principio del diritto penale del fatto, nei suoi corollari costituiti dal principio di materialità e di offensività, nonché di proporzionalità).

Come è stato efficacemente osservato<sup>388</sup>, l'istituto della recidiva suscita perplessità e diffidenza, alimentate dai risultati degli studi criminologici, concordi nell'evidenziare un insuccesso delle politiche criminali basate sulla prevenzione da realizzarsi attraverso incrementi sanzionatori, oltre che nel rilevare una quasi esclusiva concentrazione degli effetti di tali normative sulla c.d. microcriminalità, soprattutto di tipo patrimoniale, lasciando spesso indenni proprio gli autori di quei delitti di maggior allarme sociale alla cui repressione e prevenzione si indirizzava, nella propaganda volta all'approvazione di dette riforme, la stretta repressiva.

Si rileva inoltre come la recidiva, oltre a chiamare in causa l'efficacia deterrente, ovvero di persuasione morale, ricollegata alla irrogazione giudiziaria della pena ed a porre in discussione, per tale via, la stessa funzione della pena e il richiamo costituzionale alla rieducazione del condannato, presenta in campo <<prettamente penale>>, sostanziale e processuale, <<rilevanti problemi tecnici>><sup>389</sup>.

Ma non solo.

La configurazione di un istituto come la recidiva, come detto, fa emergere punti di tensione anche con i principi fondamentali di un sistema penale liberale come quello italiano. Ne sono coinvolti, primariamente:

---

<sup>388</sup>DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 515 ss.

<sup>389</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico*, II, 2005, cit. p. 89.

A) i principi posti a presidio di un moderno diritto penale del fatto<sup>390</sup>. Non appare infatti condivisibile il ritorno, da parte del legislatore italiano, a vere e proprie tipologie soggettive di autore di stampo preventivo<sup>391</sup> (sebbene in un quadro fortunatamente ridimensionato, in senso restrittivo, rispetto alle prime impressioni), individuabili nelle rinnovate forme di recidiva obbligatoria, nonché nella previsione di effetti aggravanti rigidamente predeterminati, che pongono di per sè rilievi di ordine costituzionale rispetto alle solide acquisizioni dottrinali in tema di incostituzionalità delle pene fisse<sup>392</sup>, e che non ha mancato di evocare lo spettro del ritorno a viete forme di <<diritto penale d'autore>>, relitti storici ed ideologici di un passato che pareva – o si voleva far apparire – come dimenticato, e che innegabilmente rimandano ad una visione del tutto incompatibile con i valori costituzionale del nostro sistema penale.

Atteso che il limite massimo della pena, sottesa ad una concezione siffatta, e conforme all'ulteriore principio supremo della personalità della responsabilità penale<sup>393</sup>, deve essere delimitato dalla misura della colpevolezza per il singolo fatto (ed essere quindi dominata dal canone di proporzionalità rispetto a siffatto coefficiente), non si vede in che modo possa rinvenirsi giustificazione per un aggravio sanzionatorio che viene comminato<<per ragioni connesse ai riflessi che, si assume, potrebbero e/o dovrebbero scaturire da una precedente

---

<sup>390</sup>Per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 265 ss.

<sup>391</sup>Efficacemente PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 34.

<sup>392</sup>Intatta validità conserva l'insegnamento di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 359, per cui la previsione di una pena fissa tramite in sistema delle circostanze ovvero le tipologie soggettive (come, appunto, la recidiva) sarebbe in contrasto con l'esigenza, sancita dall'art. 27 comma 3 Cost., di adeguamento della pena alla personalità del reo. In giur., cfr. C. Cost. n. 50/80 su cui anche PELIZZONE, *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, in *Quaderni costituzionali*, 2007 fasc. 1, p. 126.

<sup>393</sup>Sul ruolo che può essere svolto dal principio di personalità nelle scelte di criminalizzazione, vd. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Ridpp*, 1988, pp. 16 ss. e 33 ss.; DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nelle scelte di criminalizzazione*, in *Ridpp*, 1996, p. 21 ss.

condanna>><sup>394</sup>. Proprio considerazioni di analogo spessore hanno guidato la scelta del legislatore tedesco di procedere all'abrogazione della pregressa figura generale di recidiva, via che a nostro parere meriterebbe un seguito nelle aule legislative anche del nostro Paese, ma che a tutt'oggi non è stata – se non con toni spesso retorici- neppure adombrata.

B)in secondo luogo, i principi che governano la funzione della pena in fase commisurativa, come disegnata dal nostro ordinamento penale<sup>395</sup>. La recidiva pregiudica infatti un corretto rapporto tra misura della pena e colpevolezza per il singolo fatto<sup>396</sup>, attesa l'inflizione di pene sproporzionate rispetto a quest'ultimo e spesso percepite come ingiuste dal condannato, con ciò ponendo gravemente a rischio la finalità di risocializzazione, non solo dal punto di vista oggettivo – orientandosi la pena per tali soggetti in una prospettiva di pura neutralizzazione- ma anche in una prospettiva soggettiva, essendo pacificamente dimostrato come uno dei fondamentali elementi alla base dell'istanza rieducativa (così come di quella generalpreventiva), sia la percezione di una pena <<giusta>>. Sebbene la Corte Costituzionale sia giunta a riconoscere legittimità alla scelta legislativa di precludere determinati benefici o istituti di favore, in relazione alla considerazione di precedenti penali del reo<sup>397</sup>, immanente rimane il riconoscimento dell'illegittimità di ogni scelta legislativa di tipo repressivo fondata su presunzioni assolute di maggior colpevolezza ovvero di maggior pericolosità.

---

<sup>394</sup>MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2/2006, p. 188; ID., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 423. Spunti critici in ordine ad una compatibilità della recidiva con il principio di colpevolezza si rinvencono anche in PORZIO, *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli, 1965, p. 108 ss. Più di recente, vd. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 308 ss.

<sup>395</sup>Cfr., per una panoramica delle diverse posizioni giurisprudenziali, GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, n. 5/1994, p. 3203 ss.

<sup>396</sup>Abbiamo visto essere questa la prospettiva accolta di compilatori dell'*Alternativ-Entwurf*, vd. *supra* CAP. III, *sub* § 6.

<sup>397</sup>Cfr. C. Cost., 13 dicembre 2004, n. 421, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

Concordiamo con chi suggerisce di seguire l'illustre insegnamento<sup>398</sup> per cui <<ogni reazione sanzionatoria che venga rigidamente ed obbligatoriamente basata su forme di tipologia soggettiva deve ritenersi in pieno contrasto con quell'esigenza di adeguamento della pena alla personalità del reo, che è sancita dall'art. 27 comma 3 Cost.>>: e questo vale certamente proprio per quella specifica forma di tipologia soggettiva che, per l'appunto, è costituita dalla recidiva.

Autorevoli voci si sono invero levate a favore di una circoscrizione dell'ambito di rilevanza dei presupposti ,fondanti l'attuale figura di recidiva, alla sola fase intraeditale di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*<sup>399</sup>, sulla scorta dell'esempio tedesco.

Sebbene la ragione prevalente della abrogazione dell'istituto, in detto ordinamento, sembra essere stata la constatazione del fallimento dello stesso nel perseguimento degli auspicati obiettivi di prevenzione speciale<sup>400</sup>, con la motivazione implicita dell'esistenza di equivalenti funzionali alla medesima, a noi pare non inadeguato propugnare l'esattezza di tale opzione anche da un punto di vista più squisitamente tecnico-giuridico e politico-criminale, in tal modo scongiurandosi il rischio di una catalogazione del recidivo quale tipo normativo d'autore, che la disciplina italiana ha invece provveduto ad evidenziare, ricollegando a tale *status* irragionevoli preclusioni ed aggravati sanzionatori.

Si ritiene, quindi, confortati in tale conclusione da autorevole dottrina<sup>401</sup>, che in una prospettiva di riforma andrà coerentemente valutata l'opportunità di conservare l'istituto, ancorché nella sua versione discrezionale come introdotta dal 1974, oppure se non sia il caso di procedere alla sua abrogazione,<<o quanto

---

<sup>398</sup>BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., p. 359 ss.

<sup>399</sup>DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 517; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 188: conforme ROMANO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, sub art. 99, II, Milano, 3 ed. 2005, p. 91.

<sup>400</sup>JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 6.

<sup>401</sup>ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, II, 2005, cit., p. 86.

*meno privarla degli effetti potenziali di aumento della cornice edittale della pena, considerandola soltanto all'interno del fatto, inserendola dunque specificamente tra gli elementi della commisurazione della pena in senso stretto>>>.*

Accogliendo tale soluzione, le precedenti condanne dovrebbero non integrare, come è stato finora, una *anomala* circostanza del reato, ma rilevare esclusivamente nella fase di commisurazione della pena in senso stretto, indicando al giudice la misura della sanzione applicabile nel caso concreto, orientando la stessa verso l'alto ovvero verso l'applicazione dell'intera comminatoria, in corrispondenza del livello di colpevolezza per il singolo fatto (quindi in proporzione alla gravità del reato entro i limiti segnati dalla colpevolezza, con terminologia più aderente al nostro dettato legislativo), precludendosi per tale via la possibilità di infliggere una pena superiore a tale limite. Concordiamo peraltro con l'auspicio manifestato da tempo in dottrina, circa la necessità di una riforma volta a introdurre una nuova disciplina sostanziale in tema di commisurazione della pena<sup>402</sup>.

La variegata diversità delle soluzioni legislative astrattamente ed effettivamente individuabili dimostra vieppiù come tale istituto non appartenga alle 'costanti del diritto penale', prestandosi pertanto ad essere ammantato dei contenuti e delle giustificazioni più disparate<sup>403</sup>, come all'essere omesso o

---

<sup>402</sup>Cfr. PERONI, *Il patteggiamento fra archetipo codicistico e modelli giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1234.

<sup>403</sup>Come visto ampiamente *supra*, *Capitolo Secondo*, sp. § 2, evidente appare la sua estraneità alla concezione classica del reato, apparendo riluttante alla introduzione di un istituto che spezza l'equazione reato-pena dettata dal principio retributivo, portando ad un intorbidimento della connotazione oggettiva del reato mediante l'immissione di elementi attinenti alla persona, obliterando invero il canone della proporzione. La recidiva è stata invece valorizzata dalle concezioni soggettivistiche del diritto penale, e soprattutto dalle teorie sulla c.d. colpa d'autore. Per uno studio approfondito sui rapporti tra politica criminale e modello costituzionale dell'illecito penale, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 61 ss e 75 ss.

previsto, e non risponda quindi ad una reale necessità logica o giuridica, ma obbedisca più propriamente a calcoli di tipo politico<sup>404</sup>.

Il problema, perennemente paventato, dell'eccessiva discrezionalità giudiziale nell'operazione dosimetrica della pena, in ragione anche delle ricadute sul piano esecutivo, deve essere affrontato dal legislatore in maniera seria e corretta, nel perseguimento di una efficace politica criminale, che reclama invero una riforma *tout court* degli istituti circostanziali, espungendo le figure che mal si attagliano a tale ricostruzione<sup>405</sup>. Si è invero osservato come occorrerebbe determinare una linea netta di demarcazione tra elementi costitutivi ed accidentali del reato, anche in omaggio ai principi di offensività e di determinatezza della fattispecie, ed in ossequio alle finalità in concreto assegnate alla pena<sup>406</sup>.

Oltre a quanto già detto, pare non inutile invero affrontare anche il problema delle comminatorie edittali<sup>407</sup>: nonostante infatti la giurisprudenza costituzionale sia faticosamente giunta a decretare la valenza del principio di rieducazione non solo nella fase della irrogazione ed esecuzione della pena, ma fin dalla fase della comminatoria edittale, a fronte delle modifiche in tema di recidiva occorre veramente chiedersi cosa sia rimasto di tale principio, così come del canone di

---

<sup>404</sup>DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 526 osserva che in Spagna nel 1983 è stata soppressa la recidiva reiterata, nel 1995 anche la generica. E a norma dell'art. 22, comma 8 c.p. recidiva può aversi soltanto qualora, a seguito di una condanna definitiva per delitto, <<*venga commesso un delitto compreso nello stesso titolo del codice, sempre che sia della stessa natura*>>. Si esclude invero la possibilità di considerare come precedenti penali quelli che sono o dovrebbero essere stati cancellati: ciò accade, ai sensi dell'art. 136 c.p., al massimo decorsi cinque anni dall'estinzione della pena, in assenza di nuovi delitti. Anche in Portogallo vale il suddetto limite temporale di cinque anni senza che siano stati commessi ulteriori delitti, e pur non prevedendosi normativamente la specificità della recidiva, nondimeno in dottrina si afferma che sia necessaria <<*un'intima connessione tra i crimini reiterati*>>. Così, se pure con riferimento alla disciplina precedente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal potuguês, parte geral*, II, 1993, p. 268 ss, cit. da DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 526.

<sup>405</sup>Per le soluzioni adottate ad oggi in materia di circostanze dai Progetti di riforma del Codice penale, vd. *supra*, sub nota 30.

<sup>406</sup>In tale direzione, l'auspicio di ROSI, *Effetti della recidiva reiterata*, cit., p. 28.

<sup>407</sup>In tale direzione, VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., I, Torino, 2000, p. 51.

umanizzazione della pena, consacrato a livello costituzionale e perseguito dalle varie riforme della materia penitenziaria.

Le cornici edittali che vengono a configurarsi a seguito degli aumenti di pena previsti dall'art. 99 c.p., in specie ai commi 4 e 5, si caratterizzano innegabilmente per l'ampiezza della forbice edittale e per la severità sanzionatoria<sup>408</sup>, nonostante l'eccessiva latitudine dello spazio edittale sia stata già da tempo stigmatizzata ad opera della Corte Costituzionale in termini di violazione del principio di precisione della pena *ex art. 25 comma 2 Cost.*, in quanto <<la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario>>.<sup>409</sup>

Inoltre, livelli edittali eccessivamente severi paiono urtare con il principio del finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27 comma 3 Cost., cui si aggiungerebbe l'ulteriore anomalia di una presunzione assoluta di pericolosità sociale<sup>410</sup>, fondata unicamente su comportamenti pregressi del reo e non sul fatto concreto di reato *sub iudice*, tale da rendere, in taluni casi, come visto, obbligatoria la dichiarazione di recidiva.

A nostro parere, invero, già la stessa comminatoria edittale prevista per le varie ipotesi di recidiva non corrisponde ai canoni di rieducazione né di ragionevolezza: tale contrasto si rivela *a fortiori* stridente qualora si pensi alle innumerevoli

---

<sup>408</sup>Per siffatti rilievi, cfr. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva reiterata*, cit., p. 81.

<sup>409</sup>Si tratta della sent. C. Cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Ridpp*, 1992, p. 1468 ss., con nota di GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*. Per una approfondita disamina del problema delle comminatorie edittali, vd. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Ridpp*, 1997, p. 134 ss.; PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. Cost.*, 1994, I, p. 2815; VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e omminatoria edittale della pena*, in *Ridpp*, 1996, p. 788. In prospettiva comparatistica, cfr. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA*, in *Ridpp*, n. 2/1984, p. 726 ss. e AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso-Varano.

<sup>410</sup>Perplexità sollevate anche da PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 34.

conseguenze che da essa conseguono indipendentemente dall'aumento di pena, dalle preclusioni all'applicazione di istituti di diritto sostanziale (ai fini dell'amnistia, dell'indulto, della sospensione condizionale della pena, dell'estinzione della pena per decorso del tempo, del perdono giudiziale, della liberazione condizionale, della riabilitazione) e processuale (in ordine al c.d. patteggiamento allargato), alle ricadute in fase esecutiva e penitenziaria.

Si tratta di effetti che non hanno eguali nel nostro sistema e che d'altronde paiono sinceramente eccessivi. Tali apparirebbero peraltro anche accogliendo la pretesa natura circostanziale dell'istituto, attesa la mancanza di qualsivoglia situazione aggravante che comporti conseguenze di cotanto rigore repressivo, *a fortiori* qualora si consideri che gli stessi derivano da quello che – volente o nolente, per quanti sforzi si siano operati in senso contrario – è verosimilmente e propriamente uno *status* soggettivo.

Non è superfluo ricordare, inoltre, come il nostro sistema preveda vieppiù all'art. 133 co. 2 n. 2 c.p. la valutazione dei precedenti penali a fini commisurativi, in tale aspetto avvicinandosi alla soluzione adottata dal legislatore tedesco, ma discostandosi da tale impostazione, laddove viene codificato un vero e proprio sistema di circostanze che, allo stato attuale, parrebbe consentire una duplice valutazione di quegli stessi precedenti penali, sotto la veste di elementi circostanziali. Appare quindi palese quanto meno il rischio di una patente violazione del principio del *ne bis in idem*, in contrasto peraltro con la configurazione della recidiva adottata proprio in Germania, la quale al tempo in cui era in vigore il § 48 *StGB* comminava per la ricorrenza di tale istituto solo un aumento di pena<sup>411</sup>. La qual cosa aggrava ancor di più l'anomalia del sistema italiano della recidiva, laddove per la stessa (conformemente a quanto accade in Austria) non solo si adottano incrementi sanzionatori che rischiano di eccedere il

---

<sup>411</sup>Anche il Codice penale spagnolo, pur collocandosi in una visione generalpreventiva della recidiva, collocata tra le circostanze aggravanti, prevede (conformemente al Codice penale francese) solo un aumento della sanzione, senza peraltro prevedere misure di sicurezza.



limite della colpevolezza, ma potrebbe anche aggiungersi l'ulteriore applicazione di una misura di sicurezza, qualora riconosciuta una situazione di pericolosità e non avendo il nostro sistema rinunciato al doppio binario<sup>412</sup>. Si evidenzia per tale via ancor più allarmante quel <<orto circuito politico-criminale>><sup>413</sup> che, sulla scorta delle tendenze neoconservatrici periodicamente riaffioranti, amplifichi il solco tra la dimensione di 'esclusione' dei soggetti marginali e quella di 'inclusione', riservata agli 'inseriti',<sup>414</sup>.

La disciplina approntata per la recidiva non a caso è stata inserita nel paradigma del c.d. 'diritto penale del nemico' (*Feindstrafrecht*) da contrapporsi al volto egualitario e rispettoso del principio di oggettività del diritto penale, riservato al 'cittadino'.<sup>415</sup>

---

<sup>412</sup>Si osserva infatti come le prognosi di pericolosità si fondino in maniera prevalente sulle precedenti condanne; cfr. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, in *Ridpp*, 1993, p. 644.

<sup>413</sup>INSOLERA, *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, p. 28.

<sup>414</sup>Fondamentale l'insegnamento di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Torino, 1993.

<sup>415</sup>La declinazione del sistema penale secondo le cadenze dettate dal paradigma bellico del c.d. *Feindstrafrecht* risale a JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, p. 751 ss. (a proposito della criminalità organizzata e di tipo sessuale). Negli ultimi anni, tale corrente di pensiero ha registrato un forte incremento, a seguito dell'allarme terroristico scatenato dagli attacchi dell'11 settembre 2001, e delle leggi emergenziali e 'speciali' adottate da numerosi paesi occidentali al fine di 'combattere' il fenomeno. Tali normative introducono invero una strategia differenziata contro il crimine, ovvero un regime derogatorio dei diritti fondamentali qualora si affrontino determinati fenomeni criminosi, primo tra tutti il terrorismo internazionale, invocando forme di vera <<guerra>>(locuzione utilizzata anche nelle nomenclature legislative), in ragione dell'eccezionalità e dalla necessità imposte dalle situazioni considerate. In tal modo il diritto penale pare assunto a strumento di lotta di fenomeni criminosi, con l'adombrarsi dei suoi fondamentali profili di garanzia. Tali fenomeni hanno trovato avvallo teorico nelle prospettazioni di Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in ESER-HASSEMER-BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 47 ss, e soprattutto *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, *Heft 3*, p. 88 ss.; *Feindstrafrecht?-Eine Untersuchung zu den Bedingen von Rechlichkeit*, in *HRRS*, 2006, *Heft 8-9*, p. 289, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS/CANCIO MELIA', *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 21 ss. Il modello bellico di Jakobs, in estrema sintesi, prevede una divaricazione tra 'cittadino' –titolare dei diritti che gli competono come 'persona'- , e 'nemico', al quale tale *status* di persona non compete, e che quindi è considerato dal sistema giuridico unicamente come oggetto di strategie di neutralizzazione, attraverso vari espedienti processuali – come la riduzione delle garanzie difensive – e di diritto sostanziale – in particolare, attraverso un'ampia anticipazione della

La matrice persecutoria di una riforma declinata secondo i canoni del diritto d'autore, con la previsione di uno statuto speciale per un nuovo prototipo dell'uomo delinquente di ascendenza lombrosiana, il recidivo reiterato appunto, appare chiara – se ancora residua qualche perplessità sul punto - dalla divaricazione del sistema punitivo per mezzo della creazione, ad opera della medesima legge, di un secondo 'pilastro' accanto a quello del "nemico", questa volta rivolto verso l' "amico", "graziato" sia ad opera della esclusione dalla dichiarazione di recidiva nei delitti colposi e delle contravvenzioni (appannaggio tradizionalmente dei ceti più alti), sia sul versante della prescrizione.

Adottando una prospettiva più ampia, abbracciante l'intero sistema penale, e che in questa non è possibile approfondire nei suoi complessi risvolti filosofici, pratici e giuridici, preme nondimeno evidenziare come si palesi la necessità di percorsi alternativi alla pena ed al carcere<sup>416</sup>, ovvero alla mera radicalizzazione del conflitto di stampo neo-retributivo<sup>417</sup>.

---

soglia di punibilità agli atti meramente preparatori. Varie sono state le voci critiche verso dette opzioni ideologiche: i limiti posti dalla natura del presente contributo non ci consentono di addentrarci nel veemente dibattito internazionale in materia. Rinviamo pertanto alla copiosa mole di lavori e contributi in argomento, tra i quali, senza pretesa di completezza: nella letteratura di lingua tedesca, PRITTWITZ, *Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg*, in *Fest. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 499; HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, Heft 4, p. 130 ss. Nella riflessione italiana, già in BARATTA, *Prefazione* a MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. XVIII; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 53 ss; DONINI, *Il diritto penale di fronte al 'nemico'*, in *Cass. Pen.*, 2006, n. 2, p. 735 ss.; INSOLERA, *Terrorismo internazionale e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 895; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Ridpp*, 2006, p. 648 ss. AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI-ORLANDI, Bologna, 2007; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, 2007.

<sup>416</sup>Ma vd. contra ROMANO, *La pena: sopravvivenza di una espressione priva del suo significato linguistico*, in *Giur. Merito*, 1999, 2, p. 429. Per osservazioni in merito ai riflessi sul diritto penitenziario, vd. TARANTINO, *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative e limiti di sistema*, in *Ridpp*, n. 1/2008, p. 309 ss.

<sup>417</sup>Sulle proposte volte ad una radicale riforma del sistema punitivo, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Ridpp*, n. 1/2000, p. 160 ss.; MARINUCCI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Ridpp*, n. 3/1999, p. 776 ss.; LI VECCHI, *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. Pen.*, 1991, p. 11 ss.; MUSCO, *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 113 ss.; PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in AA.VV. *Prospettive di*

Da ultimo, si presenta altresì intralasciabile un seppur sommario riferimento alla necessità di una seria riflessione *de lege ferenda* sul sistema sanzionatorio nel suo complesso<sup>418</sup>.

Appare oramai ineludibile non solo un profondo ripensamento del sistema di commisurazione della pena, ma anche e soprattutto un necessario superamento della centralità della sanzione carceraria, in un sistema che da un lato assicurare l'impunità agli "amici", nonostante minacce draconiane nella comminatoria editale, attraverso svariati istituti di diritto penale sostanziale o processuale: dall'altro, punisce<sup>419</sup> ancora più severamente coloro su cui la pena, specie detentiva, è già applicata più che a sufficienza, e dimostra la sua inefficacia<sup>420</sup>.

Il diritto penale "in atto" mostra quindi sempre più i segni del suo carattere selettivo ed <<oggettivamente discriminatorio in senso classista>><sup>421</sup>, con il carcere riservato quasi esclusivamente alle fasce sociali più emarginate, con esclusione della gente "per bene", soprattutto i c.d. "colletti bianchi"<sup>422</sup>.

Come abbiamo visto nel corso della presente analisi, la recidiva è uno di quegli istituti che paiono condensare innumerevoli problematiche, di tale spessore dogmatico-interpretativo e di cotanta rilevanza costituzionale, da abbracciare

---

*riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 205 ss.; ZANOTTI,  *Questioni attuali in tema di riforma della giustizia penale. Prescrizione, recidiva, decadenza dall'azione, principio di oralità e immediatezza*, in  *Il Foro ambrosiano*, 2007 fasc. 2, pp. 263 – 269.

<sup>418</sup>PALIERO,  *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in  *Ridpp.*, 1992, p. 445 e ss.; ID.,  *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in  *Ridpp.*, 1994, p. 445 ss..

<sup>419</sup>Per tutti, cfr. FLORA,  *Le nuove frontiere della politica criminale*, cit., p. 1325; DOLCINI,  *La recidiva riformata*, cit., p. 525.

<sup>420</sup>Tra gli studi sull'effetto specialpreventivo della pena detentiva, cfr. COZZELLA,  *Incidenza della carcerazione sulla recidiva*, in  *Giur. Merito*, n. 6/1982, p. 1407 ss.; JANNACCONE,  *Aspetti criminologici della recidiva e prospettive di riforma dell'istituto*, in  *Riv. Pen.*, n. 4/1974, p. 345 ss.

<sup>421</sup>Per questa efficace definizione vd. FIANDACA-DI CHIARA,  *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 21.

<sup>422</sup>Numerosi sono gli studi e le proposte nel senso di tale superamento nella prospettiva di una maggiore conformità al principio rieducativo, come ad esempio la mediazione o la riparazione laddove possibile,  *ed al contempo di affrontare il problema del rilievo da darsi alla vittima*. Cfr., per tutti, EUSEBI,  *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit.,  *passim*; FIANDACA-DI CHIARA,  *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 21.

trasversalmente quasi tutti gli aspetti più rilevanti in un sistema penale liberale, quale si fregia di essere il sistema italiano.

E se è vero che il sistema penale si presenta come un meccanismo di precisione, in cui ogni aspetto deve trovare una equilibrata collocazione in rapporto agli altri ed in essi trovare perfetta corrispondenza di collegamenti e rimandi, la recidiva pare, a chi scrive, il perfetto banco di prova per una verifica complessiva della tenuta dell'intero diritto penale, in varie parti del quale tale istituto manifesta la sua influenza, come recentemente dimostrato dalla riforma operata dalla legge n. 251 del 2005.

Avviandoci ad una conclusione – inevitabilmente provvisoria – ci pare utile dover rilevare come le riflessioni approfondite circa il ruolo e le ragioni giustificatrici del diritto penale, che ne hanno scandagliato i lenti ma inesorabili cambiamenti che si sono succeduti negli anni e vagliato l'impatto sul volto dello strumento penalistico, abbiano evidenziato, anche nel confronto comparatistico con ordinamenti più o meno affini, delle linee di tendenza comuni: nondimeno le conclusioni cui si è sovente giunti possono utilizzarsi proficuamente anche al campo di indagine che qui ci interessa, che di tali evenienze ne è stato anzi lo specchio riproduttivo fedele.

Come magistralmente evidenziato<sup>423</sup> possono individuarsi alcuni temi comuni che affiorano nell'ambito seppure variegato e non omogeneo dei sistemi penali, europei e d'oltreoceano: possono citarsi la tendenza all'allargamento dell'area di intervento della penalizzazione, spesso non corrisposta da un aumento della repressione effettuale ed effettiva, con un controcircuito tra ipertrofia del diritto penale e reale efficienza dello stesso. Da qui un uso simbolico della pena detentiva, in chiave accentuatamente intimidativa ed in funzione di prevenzione generale, che sempre più spesso viene a rappresentarsi come una minaccia lasciata

---

<sup>423</sup>STORTONI, *Introduzione in Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Stortoni-Foffani, Milano, 2004, p. 7 e ss.

inattuata. A ciò si accompagna uno scarso interesse per le scienze sociali, che non vengono prese sufficientemente in considerazione da parte della legislazione e della politica criminale, ed analoga sorte spetta, con sempre più frequenza, ai rapporti tra giurisprudenza e dottrina. Occorre peraltro, a nostro sommo avviso, un approccio al diritto penale che fuoriesca dagli approcci strettamente dogmatici e affondi le sue radici nel diritto costituzionale, aprendosi al contributo delle scienze sociali<sup>424</sup>, attraverso peraltro una vera e propria integrazione e non una mera funzione di supporto.

Sicuramente sono ancora assai scarsi gli interventi volti ad una rimozione delle cause sociali della criminalità, in un'ottica di prevenzione non solo penale ma propriamente sociale, quale dovrebbe essere il più esaustivo contenuto della nozione di <<politica criminale>><sup>425</sup>; ma anche qualora se ne volesse restringere il significato ad una sola accezione di <<politica penale>>, quale corretto utilizzo degli strumenti prettamente di diritto penale al fine della tutela dei diritti, la soluzione non pare essere diversa. Peraltro, forte e condivisibile appare il richiamo ad una estrema prudenza nell'utilizzo sul piano politico degli strumenti penalistici: in particolare, <<principi come quello dell'impiego del diritto penale solo come "ultima ratio", della salvaguardia del suo carattere frammentario e della necessaria costruzione di altri idonei strumenti di tutela dei beni giuridici accanto alla giustizia penale>><sup>426</sup>.

Prosegue invece quella tendenza ad una politica criminale improntata all'<<emotività>>, magistralmente evidenziata dalla più accorta dottrina in tempi

---

<sup>424</sup>In tale senso, HASSEMER, *Introduzione in Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Stortoni- Foffani, Milano, 2004, pp. 4 e 5. In argomento, vd. PALIERO, *Le funzioni delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in AA.VV. *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit.

<sup>425</sup>Così PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 364.

<sup>426</sup>Testualmente HASSEMER, *Introduzione a Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., pp. 4 e 5. Sul principio di sussidiarietà, cfr. BRICOLA, *Carattere <<sussidiario>> del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 189 ss.; ROMANO, <<Meritevolezza di pena>>, <<bisogno di pena>> e teoria del reato, in *Ridpp*, 1992, p. 39 ss.

passati<sup>427</sup>, da intendersi non solo nella creazione di norme come risposta, immediata e non razionalmente ponderata, a singoli episodi delittuosi, ma anche quale tecnica volta ad esercitare una anomala funzione di messaggio rivolto ad un'opinione pubblica desiderosa di rassicurazione, da intendersi soddisfatta attraverso la pena, che deve essere severa, ma spesso accentuante gli aspetti soggettivi: <<In sostanza, sono leggi destinate più che ai delinquenti alla <<gente per bene>>, che quasi le attende come un segnale, o un simbolo, rassicurante>><sup>428</sup>.

Non sarebbe d'altronde corretto sottacere come, in tale scenario, sia individuabile una corresponsabilità anche della odierna Accademia, la quale è rimasta per troppo tempo sorda o non ancora sufficientemente attenta alle spinte verso una penetrazione, nelle impalcature della dogmatica, delle direttive costituzionali in funzione di indicatori di valutazioni e prospettive di politica criminale<sup>429</sup>, chiusa nel suo splendido isolamento<sup>430</sup>, nella torre d'avorio del tecnicismo giuridico, come dimostrato dall'arroccamento sui fondamenti retributivi appena sfiorati da istanze preventive, con la <<considerazione della politica criminale come regno dell'empiria dell'efficientismo e della pura idea di scopo>><sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 366.

<sup>428</sup> PALAZZO, *op. loc. cit.*

<sup>429</sup> Conformemente all'auspicio in tal senso più volte formulato da Bricola commentando Roxin, il quale auspicava, come noto, l'introduzione della politica criminale nella stessa dogmatica, in funzione di limite interno della stessa, destinata ad operare non solo in sede applicativa della legge, ma anche in fase di configurazione delle stesse categorie scientifiche, BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 5 ss, spec. 10. Si osserva – p. 13 *op. cit.* -- che mentre in Roxin prevale <<il carattere politico razionale dei principi>>, nella dottrina italiana l'apertura della dogmatica alla politica criminale è stata contrassegnata in termini costituzionali, fino ad operare uno sforzo concretante talora gli eccessi di una <<costituzionalizzazione della dogmatica>> e talvolta di una <<esaltazione costituzionale>> (l'espressione è di PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, cit., p. 542)

<sup>430</sup> Sul ruolo in una democrazia penale moderna della scienza giuridica, vd. l'efficace analisi critica di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 281 ss.

<sup>431</sup> La politica criminale <<è lo studio dei mezzi, non solo strettamente penalistici, più adatti a combattere il fenomeno criminale>>: così BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 10; la sua funzione è quella di suggerire ed elaborare <<le scelte e le direttive di

La cultura giuridica dovrebbe quindi riassumere con rinnovato fervore il suo tradizionale ruolo nel processo di formazione del diritto, che pare oggi in via di dismissione, ora più di sempre indispensabile a fronte di tante aporie politico-criminali e contraddizioni normative, al fine di giudicare la correttezza non solo tecnica ma anche “assiologica” della giustizia penale, così come è venuta configurandosi nel suo rapporto con la realtà<sup>432</sup>.

Si è osservato come l’oscillazione delle scelte politico-criminali, non di rado contraddittorie, e il rapporto talora “perverso”, instauratosi negli ultimi tempi tra diritto penale e politica con il connesso uso “strumentale” del diritto penale <<hanno certo provocato una (...) disintegrazione del settore penale come “sistema”>><sup>433</sup>; e la riflessione dottrina sembra invero non essere stata in grado di riaffermare il suo ruolo insostituibile di argine illuminato alle derive politiche dei principi del nostro ordinamento penale.

Chiudiamo ancora una volta con una celebre frase di un illustre studioso<sup>434</sup>, ricordando come una dogmatica forte dei principi costituzionali potrà affrontare <<una realtà nella quale tendono a riaffiorare, sollecitate anche da situazioni di emergenza, spinte irrazionalistiche che alterano l’equilibrio tra principi garantistici e difesa della società, non solo sul terreno della politica legislativa, ma sullo stesso terreno della dogmatica>>.

---

fondo che, anche sulla base delle indicazioni provenienti dalle scienze criminologiche, presiedono alla disciplina normativa di un ordinamento penale>>: così FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 10.

<sup>432</sup>Per tale auspicio, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2° ed., Napoli, 1997, p. 9 ss.; RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, cit., p. 512..

<sup>433</sup>Efficacemente in tali termini, FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 5, il quali (*op. cit.*, p. 22) indicano tale fenomeno come causa di incremento della “cattiva coscienza” del diritto penale contemporaneo: <<la sanzione detentiva, che continua a rappresentare un male necessario, viene applicata troppo nei confronti dei soggetti deboli e troppo poco nei confronti dei soggetti forti: e ciò a dispetto del fatto che i reati commessi dai primi non di rado risultano meno dannosi per la società rispetto ai reati commessi dai secondi>>.

<sup>434</sup>BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 34-35.

## BIBLIOGRAFIA GENERALE

- AA.VV. *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini-Orlandi, Bologna, 2007.
- AA.VV. *Diritto penale del nemico. Un dibattito Internazionale*, a cura di Donini-Papa, Milano, 2007.
- AA.VV. *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006.
- AA.VV. *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di Scalfati, Padova, 2006.
- AA.VV. *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di Giunta, Milano, 2006.
- AA.VV. *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini Marinucci, vol I, 2 ed., 2006.
- AA.VV. *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, a cura di Garofoli, Milano, 2006.
- AA.VV. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Atti del Convegno in onore di David Garland, a cura di Ceretti, 2005.
- AA.VV. *Codice penale commentato*, a cura di Padovani, terza edizione, Milano, 2005.



- AA.VV. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Padova, 2005.
- AA.VV. *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Stortoni-Foffani, Milano, 2004.
- AA.VV. *La riforma della parte generale del Codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 2003.
- AA.VV. *Introduzione al sistema penale*, 2° ed., I, a cura di Insolera-Mazzacupa-Pavarini-Zanotti, Torino, 2000.
- AA.VV. *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in AA.VV. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998.
- AA.VV. *Diritto penale minimo*, a cura di Curi-Palombarini, Roma, 2002.
- AA.VV. *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991.
- AA.VV. *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccala', Padova, 2004.
- AA.VV. *Codice penale. Parte generale*, 2 ed., a cura di Bricola- Zagrebelsky, II, Torino, 1996.
- AA.VV. *La funzione della pena: il commiato da Kant ad Hegel*, a cura di Eusebi, Milano, 1989.
- AA.VV. *L'influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso e Varano, Milano, 1985.

- AA.VV. *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982.
- AA.VV. *Modifiche al sistema penale*, Roma, 1982.
- AA.VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano-Stella, Bologna, 1980.
- AA.VV. *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis-Palombarini, Padova, 1984.
- AA.VV. *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca Bologna-Roma, 1981.
- AA.VV. *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci – Dolcini, Milano, 1985.
- AA.VV. *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1998.
- AA.VV. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
- AA.VV. *Sul problema della rieducazione del condannato.*, Padova, 1964.
- ALESSANDRI *Commento all'art. 27 comma 1, in Commentario della Costituzione*, a cura di Branca Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991.
- AMATO *Il recidivo va a caccia di <<generiche>>*, in *Guida al dir., dossier*, n. 1/2006.

- AMATO *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 1981.
- AMBROSETTI *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.
- AMBROSETTI *La recidiva*, in *Studium Juris*, 1999.
- ANDENAES *La prevenzione generale:illusione o realtà?*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1953.
- ANDENAES *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO –STELLA, Bologna, 1980.
- ANDREOTTI voce *Recidiva*, in *Enc. Giur. It.*, XIV, 1, Roma, 1900.
- ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2005.
- ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000.
- ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11 ed. a cura di Conti, Milano, 1994.
- ANTOLISEI *Teorie e realtà della pena*, in *Scritti di diritto penale*, Milano 1955.
- ANTOLISEI *La “capacità a delinquere”*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.
- ARRIGONI *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata* , in *Diritto penale e processo*, 3/2008.

- BARATTA *Prefazione a MOCCIA, La perenne emergenza Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2° ed.. Napoli, 1997.*
- BARTOLI *Commento all'art. 5 della legge 5.12.2005, n. 251, in Leg. Pen., 3/2006, pt. 2.*
- BATTISTA *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato, in Diritto e Giustizia, 46/2005.*
- BATTISTA *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato, in Dir. e giust., 2005.*
- BELLAVISTA *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, in Il Tommaso Natale, 1975.*
- BELLAVISTA *Il delinquente qualificato, Milano 1947.*
- BENINI *Fondamento e natura della recidiva, in Giust. Pen, 8-9/1978.*
- BERNASCONI *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale, 3/2007.*
- BERTOLINO *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005, in Ridpp, 2-3/2007.*
- BERTONI *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, in Riv. It, 1976.*
- BETTIOL *Sul problema della colpevolezza , in Scritti giuridici. Le ultime tre lezioni brasiliane, Padova, 1987.*

- BETTIOL *Sulla colpevolezza d'autore, in Gli ultimi scritti e la lezione di congedo, Padova, 1984.*
- BETTIOL *Diritto penale. Parte generale, 11 ed., Padova, 1982.*
- BETTIOL *Capacità a delinquere e pena retributiva, in Ind. Pen., 3/1979.*
- BETTIOL *Diritto penale. Parte generale, Padova, 1976.*
- BETTIOL *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" d'autore, in Riddpp, 1942, ora in Scritti giuridici, II, Padova, 1966.*
- BETTIOL-  
PETTOELLO  
MANTOVANI *Diritto penale, Padova, 1986.*
- BISORI *Le recenti modifiche al sistema penale in materia di prescrizione, recidiva e circostanze, in Urb. e appalti, 3/2006.*
- BISORI *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative, in AA.VV. a cura di Giunta, Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, Milano, 2006.*
- BISSI *Giudizio di comparazione tra circostanze concorrenti eterogenee e criteri guida operativi, in Giust. Pen., 1993.*
- BLASI *Ex Cirielli, ridotti i benefici carcerari, la stretta sui recidivi punto per punto, in D&G, 3/2006.*

- BOCKELMANN *Studien zum Täterstrafrecht, 1. Teil, in Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 1939.*
- BOSCARELLI *Compendio di diritto penale. Parte generale, 8 ed., Milano, 1994.*
- BOSCHI *Nota, Osservazioni a Cass. 11 dicembre 1974, Scot., in Foro It., 1976, II.*
- BOTTALICO *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense, in GAROFOLI (a cura di), Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative, Palermo, 2006.*
- BOTTALICO *Effetti dell'obbligatorietà della nuova disciplina della recidiva, in Giurisprudenza di merito, 6/2007 .*
- BOTTO *Oscillazioni giurisprudenziali in tema di perseguibilità d'ufficio o a querela della truffa commessa dal recidivo: un punto fermo delle Sezioni Unite?, in Cass. Pen., 1987.*
- BRICCHETTI *La ricerca di un'interpretazione alternativa avrebbe evitato le questioni di legittimità, in Guida al Diritto, 26/2007.*
- BRICOLA *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, in Ind. Pen. 1989.*
- BRICOLA *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in Funzioni e limiti del diritto penale, a cura di De Acutis-Palombarini, Padova, 1984.*

- BRICOLA *Commento all'art. 25 commi 2 e 3, in Commentario della Costituzione, a cura di Branca Bologna\_Roma, 1981.*
- BRICOLA *Politica criminale e scienza del diritto penale, Bologna, 1997.*
- BRICOLA *Carattere <<sussidiario>> del diritto penale e oggetto della tutela, in Politica criminale e scienza del diritto penale, Bologna, 1997.*
- BRICOLA *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo, in Bricola, Politica criminale e scienza del diritto penale, Bologna 1977.*
- BRICOLA *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozioni e aspetti costituzionali, Milano, 1965.*
- BRICOLA *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato), in Ridpp, 1964.*
- BRICOLA *Rapporti tra dommatica e politica criminale, in Ridpp, 1988.*
- CADOPPI *Dalla judge-made law al criminal code. Progetti di codici penali nei Paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali, in Ridpp, 1992.*
- CADOPPI-  
VENEZIANI *Elementi di diritto penale. Parte generale, Padova, 2007*

- CALVI *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. la tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale italiana, Padova, 1967.*
- CARDILE *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità. Addio rieducazione con la recidiva a valutazione obbligata, in Diritto e giustizia, 6./2006.*
- CARRARA *Stato della dottrina sulla recidiva, in Opuscoli di diritto criminale, 3 ed., II, Prato, 1878.*
- CASAROLI *Funzione e commisurazione della pena tra Grundgesetz e Strafrechtssystem, in AA.VV., L'influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano 1985.*
- CAVALLA *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale, Padova 1979.*
- CENTOFANTI *Prime applicazioni in sede penitenziaria della legge ex Cirielli: spunti ricostruttivi, in Giur. Merito, 9/2006.*
- CIAMPI *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti, in AA.VV. Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex-Cirielli"), a cura di Scafati Padova, 2006.*
- CIAPPI-COLUCCIA *Giustizia criminale, retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto, Milano, 1997.*



CONCAS	<i>Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi</i> , in <i>Arch. Pen.</i> 10-12/1974.
CONCAS	<i>Il nuovo sistema delle circostanze</i> , in <i>Cass. Pen.</i> 11/1984.
CONTENTO	<i>Corso di diritto penale</i> , II, Bari, 1996.
CONTENTO	<i>Note sulla discrezionalità del giudice, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze</i> , in <i>Il Tommaso Natale</i> , 1977.
CONTENTO	<i>Introduzione allo studio delle circostanze del reato</i> , Napoli, 1963.
CORBETTA	<i>Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"</i> , in AA.VV., <i>Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva</i> , a cura di Scalfati, Padova, 2006.
CORBETTA	<i>La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale</i> , in <i>Ridpp</i> , 1997.
COZZELLA	<i>Incidenza della carcerazione sulla recidiva</i> , in <i>Giur. Merito</i> , n. 6/1982.
CUSTODERO	<i>Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti</i> , in <i>Ridpp</i> , 1/1998.
D'AGOSTINO	<i>La sanzione nell'esperienza giuridica</i> , Torino 1989.
D'AGOSTINO	<i>Diritto e secolarizzazione</i> , Milano, 1982.
DASSANO	<i>Recidiva e potere discrezionale del giudice</i> , Torino, 1981.

- DE FRANCESCO *Il principio di personalità della responsabilità penale nelle scelte di criminalizzazione, in Ridpp, 1996.*
- DE FRANCESCO *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo), in Leg. Pen., 1981.*
- DE FRANCESCO *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato, in Ridpp, 1978.*
- DEGL'INNOCENTI-  
FALDI *Benefici penitenziari: divieto normativo di accesso per i recidivi reiterati e condannati per evasione, in Dir. pen. e proc., 12/2007.*
- DELL'ANDRO *La recidiva nella teoria della norma penale, Palermo, 1950.*
- DELLA BELLA *Three strikes and you're out. La guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia, in Ridpp, 2-3/2007.*
- DELOGU *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto, in Ridpp, 2/1976.*
- DE NICOLO *Primi problemi applicativi della legge "ex Cirielli", in Dir. pen. e proc., 4/2006.*
- DE SIMONE *Il nuovo Codice penale francese e la responsabilità penale delle personnes morales, in Ridpp, 1995.*
- DE VERO *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato, in AA.VV., La riforma della parte generale del Codice penale, a cura di Stile, Napoli, 2003.*

- DE VERO *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Ridpp*, 1986.
- DE VERO *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Ridpp*, 1986.
- DE VERO *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.
- DE VERO *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Ridpp.*, 2/2002.
- DINACCI *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giust. pen.*, III, 1988.
- DOLCINI *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Ridpp*, 2-3/2007.
- DOLCINI *Le due anime della legge 'ex Cirielli'*, in *Corriere del merito*, 1/2006.
- DOLCINI *La rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. Pen. Crim.*, 2005.
- DOLCINI *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.
- DOLCINI *sub art 133 in AA.VV., Commentario breve al codice penale*, cura di Crespi-Stella-Zuccala', Padova, 1986

- DOLCINI *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in AA.VV. *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991.
- DOLCINI *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Ridpp*, 1991.
- DOLCINI voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc .pen.)*, in *Enc. Dir*, XXXIV, Milano, 1985.
- DOLCINI *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1985.
- DOLCINI *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Ridpp*, 1974.
- DOLCINI *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Ridpp*, 1981.
- DOLCINI  
MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, 2 ed., 2006.
- DONINI *Il diritto penale di fronte al 'nemico'*, in *Cass. Pen.*, 2/2006.
- DONINI *Il volto attuale dell'illecito penale. la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.
- DONINI *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

- DONINI *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- ERMINI *L'applicazione della pena,, Nozioni di diritto penale*, a cura di Flora-Tonini, Milano, 1997.
- EUSEBI *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.
- EUSEBI *La nuova retribuzione in Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1985.
- EUSEBI *La "nuova" retribuzione (I). pena retributiva e teorie preventive*, in *Ridpp*, 3/1983.
- EUSEBI *La "nuova" retribuzione (II)L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*,in *Ridpp*, 4/1983.
- EUSEBI *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Ridpp*, 3/1997.
- FEELEY *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi 'tre volte e sei eliminato'*, in *Ridpp*, 2000.
- FERRAJOLI *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.
- FIANDACA *Commento art. 27commi 3 e 4*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca Pizzorusso, Bologna, 1991.

- FIANDACA *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale in Foro it., I, 1990.*
- FIANDACA *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione, in Ridpp, 1978.*
- FIANDACA-  
DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, Napoli, 2003.*
- FIANDACA-MUSCO *Diritto penale, parte generale* Bologna, 2007.
- FIANDACA-MUSCO *Diritto penale, parte generale, 4° ed.* Bologna, 2001.
- FIANDANESE *Gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze e la riforma operata dal d.l. 11 aprile 1974, n.99, in Cass. Pen. 1978.*
- FIGUEIREDO DIAS *Direito penal potuguês, parte geral, II, 1993.*
- FISHER *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50 ed., 2001.*
- IORE *Diritto penale. Parte generale, II, 2° ed., Torino, 2005.*
- IORE *Diritto penale. Parte generale, II, Torino, 1995.*
- IORE voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980.
- IORENTIN *Torna alla discrezionalità del giudice la verifica sul grado di rieducazione, in Guida al dir., 14/2007.*

- FIORIO *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2006.
- FIORIO *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex-Cirielli")*, Padova, 2006.
- FLORA *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Ridpp*, 1/2008.
- FLORA *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 10/2007.
- FLORA *Le nuove frontiere della politica criminale. Le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2005.
- FOUCAULT *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Torino, 1993.
- FORNARI *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, in *Ridpp*, 1993.
- FORTI *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
- FORTI *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in AA.VV. *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci -Dolcini, Milano, 1985.
- FRIGO *Prevale la logica della frammentazione*, in *Giuda al dir., dossier*, 1/2006.

- FROSALI *Sistema penale italiano*, Torino, 1958.
- GALLO *Appunti di diritto penale*, III, Torino, Torino, 2003.
- GALLO *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, 5/1994.
- GALLO-MUSCO *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- GARLAND *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.
- GATTA in Dolcini Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, I, 2 ed., 2006.
- GIANNELLI
- MAGLIO *Questioni in tema di circostanze del reato*, in *Riv. Pen.*, 10/2005.
- GIUNTA *Dal disegno di legge alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in AA.VV., *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta, Milano, 2006.
- GIUNTA *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Ridpp*, 1998.
- GIUNTA *Quali giustificazioni per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del dir.*, 2000.
- GIUNTA *Recidiva*, in *Studium Iuris*, 1997.



- GIUNTA-  
MICHELETTI      <<*Tempori cedere*>>, Torino 2003.
- GRANDE            *Il terzo strike, La prigionie in America*, Palermo, 2007.
- GRISPIGNI        *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952.
- GRISPIGNI        *Il significato delle nuove disposizioni sul diritto penale della gioventù in Germania*, in *La Scuola Positiva*, 1941.
- GROSSO           *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia*, *Dir. pen. e proc.*, 10/2007.
- GROSSO           *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali* (comm. a sent. C. Cost. 24 giugno 1992, n. 299) in *Ridpp*, 1992.
- GUERRINI        *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi Senesi*, 1978.
- HASSEMER        *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in AA.VV. , *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano-Stella, Bologna, 1980.
- HASSEMER        *Introduzione in Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Stortoni-Foffani, Milano, 2004.
- HASSEMER        *Sichereit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, Heft 4.
- HENKEL           *H.Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Dtrafzumessung*, Tübingen, 1969.

- INSOLERA *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006.
- INSOLERA *Terrorismo internazionale e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006.
- JAKOBS *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985.
- JAKOBS *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in ESER-HASSEMER-BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- JAKOBS *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, Heft 3.
- JAKOBS *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, in *HRRS*, 2006.
- JAKOBS *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Jakobs/Cancio Melia', *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- JANNACCONE *Aspetti criminologica della recidiva e prospettive di riforma dell'istituto*, in *Riv. Pen.*, 4/1974.
- JESCHECK
- WEIGEND *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996.
- LARIZZA *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Ridpp*, 1982.

- LATAGLIATA *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.
- LATAGLIATA *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, III, 1975.
- LIPRINO *Problemi di diritto e procedura penale della legge “ex Cirielli”*, in *La giust. Pen.*, III, 2006.
- LI VECCHI *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. Pen.*, 1991.
- MALINVERNI voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.
- MALINVERNI voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960.
- MAMBRIANI *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. Merito*, 4/2006.
- MANNA *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma 1988.
- MANNOZZI *‘Razionalità’ e ‘giustizia’ nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996.
- MANNOZZI *Pena e riti differenziati: la crisi del modello<<unitario>> di commisurazione*, in *Rass. Pen. crim.*, 2000.
- MANNOZZI *Fini della pena e commisurazione finalistamente orientata: un dibattito inesauribile?*, in *Ridpp*, 1990.

- MANTOVANI *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2007.
- MANTOVANI *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Padova, 1992.
- MANTOVANI *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984.
- MANTOVANI *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979.
- MANTOVANI *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1985.
- MANZINI *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981.
- MANZINI *La recidiva*, Firenze, Cammelli, 1899.
- MARCHESELLI *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al diritto, Dossier*, 1/2006.
- MARCHESELLI *Necessaria la costruzione di trenta nuovi istituti*, in *Guida Dir., dossier*, 1/2006.
- MARINI *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965.
- MARINI *Circostanze del reato*, in *Nov.mo dig. It., app.*, I, Torino, 1980.
- MARINI-  
LA MONICA-  
MAZZA *Commentario al Codice penale*, I, Torino, 2002.

- MARINUCCI *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere, in Dir pen. e proc., 2/2006.*
- MARINUCCI *Relazione di sintesi, in Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXIII Convegno di studio "Enrico De Nicola", 2002.*
- MARINUCCI *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma, in Ridpp, 1/2000.*
- MARINUCCI *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità, in Ridpp, 3/1999.*
- MARINUCCI *Politica Criminale E Riforma Del Diritto Penale, in Marinucci-Dolcini, Studi di diritto penale, Milano, 1991.*
- MARINUCCI *Problemi della riforma del diritto penale in Italia, in AA.VV. , Diritto penale in trasformazione a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1985.*
- MARINUCCI *Il reato come azione, Milano, 1974.*
- MARINUCCI  
DOLCINI *Codice penale commentato, I, 2 ed., Milano, 2006.*
- MARINUCCI  
DOLCINI *Codice penale commentato, Parte generale, Milano, 1999.*
- MARINUCCI  
DOLCINI *Corso di diritto penale. Nozione struttura e sistematica del reato, Milano, 1995.*

- MARINUCCI-  
DOLCINI *Manuale di diritto penale, Parte generale, 2° ed., Milano, 2006.*
- MARRA *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme, in AA.VV., Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex- Cirielli"), a cura di Scalfati, Padova, 2006.*
- MARTINA *Recidiva, in Enc. Giur.Treccani, XXVI, Roma 1991.*
- MATTEOTTI *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici, Milano-Torino-Roma, 1910.*
- MAZZA *Il nuovo volto della recidiva, in Riv. Pol, 2-3, 2006.*
- MAZZA *Recidiva, in Enc. Dir., XIX, Milano, 1988.*
- MAZZACUVA *Il "soggettivismo" nel diritto penale:tendenze attuali ed osservazioni critiche, in Foro it., 1983, V.*
- MELCHIONDA *La nuova disciplina della recidiva , in Dir. pen. e proc., 2006.*
- MELCHIONDA *Commento all'art. 3, l. 5.12.2005, n. 251, in Leg. Pen., 3/2006, pt. 2.*
- MELCHIONDA *Commento all'art. 1, l. 5.12.2005, n. 251, in Leg. Pen., 3/2006, pt. 2.*
- MELCHIONDA *Le modifiche in materia di circostanze, in AA.VV., Le innovazioni al sistema penale, a cura di Giunta, Milano, 2006.*

- MELCHIONDA *Le circostanze del reato*, in *Studium Juris*, 7-8/2006.
- MELCHIONDA *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro it.*, II, 1987.
- MELCHIONDA *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di riforma di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
- MELCHIONDA *Riforma del Codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, in *Ridpp*, 1994.
- MELCHIONDA *La nuova disciplina di valutazione della circostanze del reato*, in *Ridpp*, 1990.
- MELCHIONDA *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. Pen.*, 2002.
- MELCHIONDA *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Ridpp*, I, 1987.
- MEREU *Storia del diritto penale del '500*, Napoli, 1964.
- MESSINA *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.
- MICALI *Il fondamento della pena nell'esegesi dell'art. 27, 3° comma Cost.*, in *Giust. Pen.*, I, 1991.
- MILITELLO *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982.

- MOCCIA *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2° ed., Napoli, 1997.
- MOCCIA *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. Pen.*, 1981.
- MOCCIA *Principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Ridpp*, 1989.
- MOCCIA *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOLARI *Unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, in AA.VV. *Sul problema della rieducazione del condannato*. Padova, 1964.
- MOLARI *Prescrizione del reato e della pena*, in *NssDi*, XIII, 1966.
- MONACO *Prospettive dell'idea dello 'scopo' sulla teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONACO-PALIERO *Variazioni in tema di <<crisi della sanzione>>: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Ridpp*, 1994.
- MONTELEONE *Questioni in tema di recidiva reiterata ed esecuzione penale*, in *Giur. merito*, 6/2007.
- MONTELEONE *Le modifiche in tema di esecuzione della pena contenute nella l. 5 dicembre 2005, n. 251.*, in *Giur. Merito*, 4/2006.
- MORSELLI *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Ridpp*, 1977.



- MORSELLI *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Ridpp*, 1/1988.
- MULLIRI *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Ridpp*, 4/1975.
- MUSCO *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978.
- MUSCO *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Studium Iuris*, 1997.
- NATALINI *Recidiva reiterata e divieto di prevalenza delle attenuanti: dalla suprema corte i primi contrasti*, in *D&G online*, 25.5.2007
- NATALINI *La “nuova” recidiva nella “ex-Cirielli”. Quel rebus dei “delitti non colposi”. Una definizione riduttiva in una legge di ispirazione repressiva*, in *Dir. e giust.*, 11/2006.
- NEGRI- MAZZINI in Dolcini-Marinucci (a cura di) *Codice Penale Commentato*, I, 2 ed. 2006.
- NEPPI MODONA *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in AA.VV. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998.
- NESPOLI *Riflessioni brevi sulla sanzione penale nei suoi rapporti con lo scopo di prevenzione generale e speciale*, in *Giust. Pen.*, I, 1983.
- NOLL *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962.

- NUNZIATA *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente riforma anticrimine statunitense:l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, in *Riv. Pen.*, 1997.
- NUVOLONE *Pena*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982.
- NUVOLONE *Il sistema del diritto penale*, 1947.
- NUVOLONE *Il sistema del diritto penale*, 2 ed., Padova,1982.
- PACKER *I limiti delle sanzioni penali*, Milano, 1978.
- PADOVANI *Diritto penale*, Milano, 2006.
- PADOVANI *Diritto penale*, Milano, 2002.
- PADOVANI *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, dossier , 1/2006.
- PADOVANI a cura di, *Codice penale commentato*, terza edizione, Milano, 2005.
- PADOVANI *Commento all'art. 4, l. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006.
- PADOVANI *Codice Penale*, Milano, 2005.
- PADOVANI *Diritto penale*, 2° ed. Milano, 1993.
- PADOVANI voce *Circostanze del reato*, in *Dig. D. pen.*, II, 1988.

- PADOVANI *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Ridpp*, 1987.
- PADOVANI *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Ridpp*, 1992.
- PADOVANI *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza* in *Ridpp*, 1973.
- PADOVANI *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.
- PAGLIARO *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PAGLIARO *Principi di diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Milano, 1996.
- PAGLIARO *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Ridpp*, 1979.
- PAGLIARO *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Ridpp*, 1981.
- PAGLIARO *Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982.
- PAGLIARO *Correlazioni tra livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. Pen.*, 1981.

- PAGLIARO *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale, in Ridpp, 1986.*
- PAGLIARO *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati, in Ridpp, 1981.*
- PALAZZO *Corso di diritto penale. Parte generale, Torino, 2008.*
- PALAZZO *Corso di diritto penale., Torino, 2006.*
- PALAZZO *Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padova, 1979.*
- PALAZZO *La recente legislazione penale, 3 ed., Padova, 1985.*
- PALAZZO *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura, in Democrazia e diritto, 2006.*
- PALAZZO *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema), in AA.VV., a cura di PIZZORUSSO-VARANO, l'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, Milano, 1985.*
- PALAZZO *Introduzione ai principi del diritto penale, Torino, 1999.*
- PALIERO *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio, in Ridpp, n.2/1992.*
- PALIERO *Le funzioni delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale, in AA.VV. Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo, Milano, 2004.*

- PALIERO *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo, in Ridpp, 1994.*
- PALIERO *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata, in AA.VV. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali, Milano, 1996.*
- PALUMBO *La ex Cirielli in pillole, in Dir. e Giust, 14/2006.*
- PAPA *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA, in Ridpp,2/1984, in AA.VV., L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, a cura di Pizzorusso-Varano, Milano, 1985.*
- PASELLA *Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale in termini di funzioni della pena, in Ind. Pen., 1977.*
- PAVARINI *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva, in AA.VV., La legislazione penale compulsiva, a cura di Insolera, Padova, 2006.*
- PAVARINI *La ex Cirielli: colpita ma non affondata, in Dir. e Giust., 29/2006.*
- PAVARINI *Lo scopo della pena, in AA.VV. Introduzione al sistema penale , I, a cura di Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti, Torino 2000.*
- PEDRAZZI *La nuova facoltatività della recidiva, in Ridpp, 1/1976.*

- PELIZZONE *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva, in Quaderni costituzionali, 1/2007.*
- PENNISI *Contestazione, dichiarazione ed effetti penali della recidiva, in Giur. It., 1/1974.*
- PERONI *Il patteggiamento fra archetipo codicistico e modelli giurisprudenziali, in Dir. pen. e proc., 1996.*
- PERDUCA *Il potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva, in AA.VV., Modifiche al sistema penale, Roma, 1982.*
- PERSIO *La recidiva nell'ordinamento penale francese, in Dir. pen. e proc., 3/2008.*
- PETROCELLI *La colpevolezza, 3° ed., Padova, 1955.*
- PETROCELLI *La funzione della pena, in Saggi di diritto penale, Padova, 1952.*
- PISAPIA *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova Parte generale, in Dir. pen. e proc., 5/2007.*
- PISAPIA *Riflessioni in tema di recidiva, in Ridpp, 1961.*
- PISTORELLI *Ridotta la discrezionalità del giudice, in Guida al dir., Dossier, 1/2006.*
- PITTARO *Recidiva, in Dig. Disc. Pen., XI, Torino, 1996.*

- PITTARO *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire, in AA.VV., Esecuzione penale e alternative penitenziarie, Padova, 1998.*
- PIZZORUSSO *Le norme sulla misura della pena ed il controllo della ragionevolezza, in Giur. It., IV, 1971.*
- PONTI *Compendio di criminologia, IV ed., Milano, 1999.*
- PORZIO *Sistemi punitivi e ideologie, Napoli, 1965.*
- POTETTI *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce delle l. n. 251 del 2005 (c.d. <<ex Cirielli>>), in Cass. Pen., 7-8/2006.*
- PREZIOSI *La fattispecie qualificata, Padova, 2000.*
- PREZIOSI *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del Codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena in Ind. Pen., 2002.*
- PRITTWITZ *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della ‘custodia di sicurezza’, in COCCO (a cura di), Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale, Padova, 2005.*
- PRITTWITZ *Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg, in Fest. Lüderssen, Baden-Baden, 2002.*
- PROSDOCIMI *Profili penali del postfatto, Milano, 1982.*
- PULITANO’ *Diritto penale, Torino, 2005.*

- PULITANO' *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale in Ius*, 1974.
- PULITANO' *Suggestioni ideologiche e difficoltà tecniche nella riforma penale, Dir. pen. e proc.*,10/2007.
- PULITANO' *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANÒ *La cultura del controllo. Uno sguardo sulla storia recente del sistema penale italiano*, in CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Atti del Convegno in onore di David Garland, 2005.
- RAMACCI *Corso di diritto penale, II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, 1993.
- RAMAJOLI *La capacità a delinquere nel sistema penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1970.
- RANDAZZO *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al dir., dossier*,1/2006
- PEDRAZZI *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Ridpp*, 1976.
- RICCARDI *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. Pen.*,2/2007.
- RICCIO *Abitualità e professionalità del reato*, in *NssDi*, I, 1957.
- RICCIO *Recidiva*, in *Nov.mo Dig. It.*,XIV, Torino, 1967.



- RINALDI *Così l'ex Cirielli danneggia il condannato. Tempus regit actum: regola confermata*, in *Dir. e Giust.*, 26/2006.
- RINALDI *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva sul principio di ragionevolezza*, in *Questione giustizia*, 3/2006.
- RIZ *Lineamenti di diritto penale. parte generale*, Padova, 2006.
- ROCCHI *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*", in *Cass. Pen.*, 11/2007.
- ROIATI *I limiti applicativi della colpa penale e la riforma introdotta dalla l. 5 dicembre 2005 n. 251: verso l'adozione di regimi sanzionatori differenziati?*, in *Riv. Pen.*, 6/2006.
- ROLF-  
PETER CALLIES .  
*Strafwecke und Strafrecht*, in *NJW*, 1989.
- ROMANELLI *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. Pen.*, 1968.
- ROMANO F. *La pena: sopravvivenza di una espressione priva del suo significato linguistico*, in *Giur. Merito*, 2/1999.
- ROMANO M. <<Meritevolezza di pena>>, <<bisogno di pena>> e teoria del reato, in *Ridpp*, 1992.

- ROMANO M. *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., a cura di Romano-Stella *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
- ROMANO-GRASSO *Commentario sistematico del codice penale*, vo. II, Milano, 2005.
- ROMANO-GRASSO *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1996.
- ROMANO-GRASSO *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995.
- RONCO *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- PAPI *Le ambiguità dell'art. 69 c.p. tra reale e razionale*, in *Cass. Pen.*, 1984.
- ROSI *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006.
- ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1973; *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, nella trad. it. di MOCCIA, Napoli, 1998
- ROXIN *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973.
- ROXIN *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza* in *Ridpp*, 2/1980.

- ROXIN *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Ridpp*, 1984.
- SALERNO *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al dir.*, dossier, 1/2006.
- SANTORO *Le circostanze del reato*, Torino, 1952.
- SCALFATI *Cade il bilanciamento delle <<circostanze>>*, in *Guida al dir.*, dossier, 1/2006.
- SCHULTZ *Bericht und Vorentwurf zur Revision des A.T. und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen StGB*, 1986.
- SERENA *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di sanzioni*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982.
- SERIANNI *Recidiva*, in *NssDI*, app., VI, Torino, 1986.
- SIRACUSANO *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 1976.
- SPANGHER *Più ombre che luci nel disegno di legge di riforma del processo penale ("pacchetto Mastella")*, in *Il Corriere del Merito*, 6/2007.
- SPASARI *Capacità a delinquere e pena*, in *Ridpp*, 1/1978.
- SPASARI *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Ridpp*, 1976.

- STELLA *L'art. 169 Tuls è depenalizzato*, in *Rass. Dir. farm.*, 1988.
- STILE *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo Codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Milano, 1993.
- STILE *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio, aspetti problematici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991.
- STILE *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77.
- STILE *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971.
- STORTONI *Introduzione*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di Stortoni-Foffani, Milano, 2004.
- TAGLIARINI *Ripensamento su alcuni rapporti fra imputabilità, colpevolezza e pericolosità*, in *Colpevolezza Pericolosità Trattamento. Profili storici e problemi attuali*, Bologna, 1993.
- TARANTINO *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative e limiti di sistema*, in *Ridpp*, 1/2008.
- TASCONE *Capacità a delinquere*, in *EG*, V, 1991.
- TESAURO *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2007, 12, pt. 1.

- TIEDEMANN *La responsabilità penale delle persona giuridiche nel diritto comparato* , in *Ridpp*, 1995.
- TRANCHINA *“Patteggiamento” e principi costituzionale: una convivenza piuttosto difficile* in *Foro. It.*, I, 1990.
- TROGU *Sull'irretroattività delle norme più sfavorevoli al reo in tema di esecuzione della pena: una sentenza parzialmente fuori dal coro.*, in *Rivista giuridica sarda*, 1/2007, pt. 1.
- TUOZZI *Corso di diritto penale*, I, Napoli, 1889.
- VALLINI voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., Torino, 2000.
- VASSALLI *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975.
- VASSALLI *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Ridpp*, 1/2008.
- VASSALLI *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA. VV., *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958.
- VASSALLI *Sulla disciplina della circostanze del reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 2003.
- VASSALLI *Funzione e insufficienze della pena*, in *Ridpp*, 1961.
- VECCHI *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Ridpp*, 1996.

- VIGANO' *T errorismo, guerra e sistema penale*, in *Ridpp*, 2006.
- VINCENTI *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.* in *Cass. Pen.*, 2/2008.
- VINCIGUERRA *Francia: il nuovo codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995.
- VIRGILIO in *Codice penale. Parte generale*, 2 ed., a cura di F. Bricola- V. Zagrebelsky , II, Torino, 1996.
- VITIELLO *Three strikes: can we return to rationality?*, in *Journal of criminal law & criminology*, 1997.
- VITIELLO *Reforming Three Strikes Excesses*, in *Washington University Law Quarterly*, 2004.
- VON HIRSH *Doing Justice. The choice of punishment*, 1976.
- WALSH *Three Strikes Law*, Westport, Connecticut, London, 2007.
- ZANOTTI *Questioni attuali in tema di riforma della giustizia penale. Prescrizione, recidiva, decadenza dall'azione, principio di oralità e immediatezza.* in *Il Foro ambrosiano*, 2/2007.
- ZANUSO *Post-modernità e pena: alcune riflessioni sulla "just desert theory"*, in *Dir. e società*, 4/1998.

ZIMRING-  
HAWKINS-  
KAMIN

*Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California, 2001.*